

Omsetningsrådets gjennomgang av markedsbalanseringen

Professor dr. juris Erling Hjelmeng¹
Institutt for privatrett, UiO

Rapport utarbeidet for Synnøve Finden AS

26. februar 2020

¹ Forfatteren ledet Markedsbalanseringsutvalget, som la frem sin rapport 24. juni 2015 (<https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/evaluering-av-markedsbalansering-i-jordbruket/id2423499/>)

Innhold

1	Oppdrag og bakgrunn	2
2	Konkurransopolitiske vurderinger fra arbeidsgruppene.....	4
2.1	Oversikt	4
2.2	Rapporten fra arbeidsgruppe A/E (jus)	4
2.2.1	Oversikt.....	4
2.2.2	Begrepet konkurransevridding	5
2.2.3	Behandling av kilder til konkurransevridding.....	5
2.3	Arbeidsgruppe melk	9
2.3.1	Overordnet om konkurransevridding	9
2.3.2	Konkurransevridding og enkelttiltak.....	10
2.4	Arbeidsgruppens rapporter – vurdering	12
2.5	Konklusjon	13
3	Omsetningsrådets prosess.....	13
3.1	Innledning.....	13
3.2	Vurdering av gjennomføring	13
3.3	Formelle krav til utredninger	15
3.4	Konklusjoner	16
4	Konkurransopolitisk vurdering	17
4.1	Innledning.....	17
4.2	Konkurransevriddende effekter av markedsbalanseringssystemet	17
4.2.1	Innledning	17
4.2.2	Informasjonsasymmetri.....	19
4.3	Nærmere om forsyningsplikt	20
4.3.1	Rettslige rammer.....	20
4.3.2	Behovet for en skjerpet forsyningsplikt	21
4.3.3	Tydeligere regulering av separasjonen mellom Tine Råvare og Tine Industri	24
4.3.4	Andre spørsmål i tilknytning til forsyningsplikten	26
4.4	Institusjonelle forhold.....	29
4.4.1	Omsetningsrådets oppgaver og kompetanse	29
4.4.2	Behovet for reformer.....	31
4.5	Oppsummering konkurransemessig vurdering	33
5	Nærmere om Omsetningsrådets høringsnotat og Stortingets bestilling	33
6	Oppsummering og konklusjoner.....	34

1 Oppdrag og bakgrunn

I kjølvannet av Markedsbalanseringsutvalgets rapport fra 2015 fremla regjeringen Meld. St. 11 (2016–2017) Endring og utvikling – En fremtidsrettet jordbruksproduksjon.² Stortingsbehandlingen resulterte i bestilling av en utredning av bl.a. markedsbalanseringens konkurransemessige virkninger.³ Oppdraget ble gitt av departementet til Omsetningsrådet.⁴ På Rådets hjemmesider er oppdraget angitt som følger:⁵

² <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/meld.-st.-11-20162017/id2523121/>.

³ Jf. Innst. 251 S (2016-17) <https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/innstillinger/stortinget/2016-2017/inns-201617-251s.pdf>.

⁴ Brevet fra LMD til Omsetningsrådet er gjengitt i sin helhet i protokoll fra Omsetningsrådets møte 14. desember 2017, s. 189-190.

⁵ Protokoll fra møte 13.3.2018 (<https://www.landbruksdirektoratet.no/no/styrer-rad-utvalg/omsetningsradet/protokoller>).

Omsetningsrådet viser til LMDs brev av 28. september 2017 og Stortingets behandling av Meld. St 11 (2016-2017) fra LMD. I møtet 14. desember 2017 vedtok Omsetningsrådet mandat for en gjennomgang av regelverk og ordninger under Omsetningsrådet.

Omsetningsrådet vil følge opp Stortingets behandling av Meld. St. 11 (2016-2017) fra LMD og gjennomgå regelverk og ordninger.

Omsetningsrådet legger til grunn at flertallet på Stortinget mener det ikke er behov for store omlegginger av markedsbalanseringsordningen. Flertallet i næringskomiteen «ser likevel behov for å foreslå noen justeringer av de ulike ordningene for å tilpasse disse til dagens behov.», jf. Innst. 251 S.

Ut fra Innst. 251 S, Prop. 1S (2017-2018) og Innst. 8S (2017-2018) fra Næringskomiteen tilsier dette en gjennomgang av markedsreguleringsforskrift med tilhørende retningslinjer og ordninger, for å sikre at disse ivaretar de forholdene Stortinget vektlegger og som omtalt av flertallet er:

- Redusere risikoen for konkurransevridning
- Sikre tillit til at markedsordningene fungerer likt for alle aktører i markedet
- Sikre et transparent system
- Sikre at markedsregulator skiller mellom rollen som markedsregulator og markedsaktør
- Legge til rette for mulige produksjonsregulerende tiltak for alle husdyrarter som omfattes av markedsordningene.
- Innføre en avgrenset mottakplikt for Nortura
- Vedrørende balanseringsordningen for kumelk: «Vurdere å endre regelverket som forenkler ordningen og reduserer risikoen for konkurransevridning i melkesektoren»
- Se på opplysningsvirksomhet finansiert over omsetningsavgiften.

OR legger opp til en gjennomgang av regelverk og ordninger innen 31. desember 2019, og i det følgende er planen for arbeidet slik den nå foreligger beskrevet.

...

I møtet 8. februar gikk OR mer detaljert gjennom oppgaver og prosess for det videre arbeidet etter forslag fra Landbruksdirektoratet. OR tok saken til orientering. I det følgende gis en omtale av dette.

Gjennomgangen er organisert under fem overskrifter:

- A. Redusere risikoen for konkurransevridning
- B. Praktisering av markedsregulators informasjonsplikt
- C. Se på opplysningsvirksomhet finansiert over omsetningsavgiften
- D. Sektorvise oppgaver
 - Kjøtt og egg
 - Melk
- E. Juridisk gjennomgang av regelverket

I møte 16. april 2018 ble det fremmet forslag om at pkt. A. ble slått sammen med pkt. E., slik at den konkurransepolitiske vurderingen ble lagt inn under gruppen som skulle foreta en juridisk gjennomgang.

I kjølvannet av denne prosessen har først Landbruks- og matdepartementet sendt på høring forslag til endringer i rammeforskriften (14. november 2019),⁶ deretter har Omsetningsrådet v/ Landbruksdirektoratet sendt på høring forslag til endringer i bl.a. markedsreguleringsforskriften (4. desember 2019).⁷ Disse høringene representerer temmelig ulike løsninger på en del problemstillinger.

Jeg er bedt om å foreta en gjennomgang både av prosessen knyttet til utredningen i regi av Omsetningsrådet, og innholdet av denne. Videre er jeg bedt om å foreta en egen

⁶ <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/forslag-til-endringer-i-forskrift-om-omsetningsradets-myndighet-vedrorende-markedsregulering-for-jordbruksravarer-rammeforskriften-m.m/id2677500/>.

⁷ <https://www.landbruksdirektoratet.no/no/om-landbruksdirektoratet/service-og-innsyn/horinger/h%C3%B8ring-forslag-til-endringer-i-omsetningsr%C3%A5dets-regelverk>.

konkurransopolitisk vurdering av en del forhold av særlig betydning for frittstående meierier. Videre vil de to høringsnotatene bli tatt opp, med et særlig fokus på Omsetningsrådets høring om endringer i markedsreguleringsforskriften, som representerer en direkte oppfølging av prosessene i arbeidsgruppene. Høringsnotatene kommenteres løpende, og det foretas en samlet vurdering av disse til slutt.

I det følgende ser jeg først på rapportene fra hhv. arbeidsgruppe jus (dvs. arbeidsgruppe ansvarlig for punktene A (konkurransopolitikk) og E (juridisk gjennomgang)), og arbeidsgruppe melk (punkt D2), og holder resultatene opp mot bestillingen fra Stortinget som angitt ovenfor. Deretter vurderes prosessen opp mot krav til god forvaltning, partsnøytralitet og formelle krav som forvaltningsloven og utredningsinstruksen. Deretter foretas det en konkurransepolitisk vurdering. Omsetningsrådets forslag til løsninger kommenteres løpende i sammenheng med vurderingen av arbeidsgruppenes arbeid.

Oppdragsgiver har ikke lagt føringer for konklusjonene i rapporten, og det følgende representerer derfor mitt eget syn og ikke nødvendigvis oppdragsgivers.

2 Konkurransopolitiske vurderinger fra arbeidsgruppene

2.1 Oversikt

Som påpekt ble den konkurransepolitiske gjennomgangen lagt inn under arbeidsgruppen for jus. Dette medførte at det som fremstår som hovedpunktet i bestillingen fra Stortinget, ble et tilleggspunkt for en arbeidsgruppe som allerede hadde en omfangsrik og kompleks oppgave foran seg. Slik det vil fremgå nedenfor, førte dette til at de konkurransepolitiske vurderingene som denne gruppen har gjennomført er meget mangelfulle, og at gruppen heller ikke hadde tid til å gå dypere inn i vurderingen av det rettslige rammeverket – utover mer overordnede problemstillinger som Omsetningsrådets rettslige status mv.⁸ Tilsvarende mangler Omsetningsrådets høringsnotat en helhetlig konkurransemessig vurdering, jf. pkt. 5 nedenfor.

Denne gruppens rapport svarer således i meget begrenset utstrekning på de konkurransepolitiske spørsmålene. Det kan se ut som om arbeidsgruppens mandat dels er styrt vekk fra disse spørsmålene, dels har arbeidsgruppen ikke fått tilstrekkelig input fra de øvrige arbeidsgruppene til å kunne svare skikkelig på problemstillingen.

Når det gjelder arbeidsgruppe melk drøfter denne løpende en del konkurransepolitiske spørsmål knyttet til de enkelttemaer som gruppen reiser (som overføringsfrakt, 80 % regelen og mottaksplicht for melkefett), men heller ikke denne representerer noe fyllestgjørende svar på Stortingets bestilling. Vurderingene på det konkurransepolitiske området fra bl.a. arbeidsgruppe melk ble underveis instruert fremlagt for arbeidsgruppe A/E (da som "referansegruppe"), for nærmere vurdering og rapportering til Omsetningsrådet.

2.2 Rapporten fra arbeidsgruppe A/E (jus)

2.2.1 *Oversikt*

Arbeidsgruppe A/Es rapport faller i fem hoveddeler. Første hoveddel redegjør for bakgrunnen, dvs. gjennomgår regelverket og historikken. Andre hoveddel diskuterer

⁸ I Omsetningsrådets høringsnotat behandles særlig forholdet til forvaltningsloven og klageadgangen noe mer inngående (høringsnotatet, kap. 12). Disse vurderingene kommenteres i kap. 4 nedenfor.

Omsetningsrådets rettslige status samt forholdet mellom Omsetningsrådet og andre aktører med en rolle i markedsbalanseringen. Tredje hoveddel er den mest relevante for de spørsmålene som diskuteres her, nemlig konkurransevridding. Del fire drøfter anvendelsen av offentleglova og forvaltningsloven på rådets virksomhet. Dette er rettslige forhold som også kan ha betydning for konkurransen i markedet. Del fem gjelder en juridisk vurdering av tiltak foreslått av andre arbeidsgrupper.

I del 3 reiser arbeidsgruppen flere konkurransemessige problemstillinger, se kap. 13. Utover dette inneholder del 3 en redegjørelse for forholdet til konkurranseloven, som bygger på en rapport fra adv. Harald Evensen. Videre diskuteres arbeidsgruppens forståelse av begrepet konkurransevridding.

2.2.2 Begrepet konkurransevridding

I pkt. 12.5 viser arbeidsgruppen til at Stortinget eller Omsetningsrådet ikke har presisert begrepet konkurransevridding og at arbeidsgruppen derfor må redegjøre for sin egen forståelse. Her tar arbeidsgruppen utgangspunkt i definisjonen fra Markedsbalanseringsutvalget.⁹ Videre heter det: "Arbeidsgruppe jus finner således at det foreligger konkurransevridding når tiltak under regelverket for markedsreguleringen fører til eller kan føre til at en eller flere aktører oppnår konkurransemessige fordeler eller ulemper." Gruppen går deretter over til å definere hhv. marked, aktør, fordel og ulempe.

Etter dette avgrensner gruppen sitt arbeid til "konkurransevriddende effekter av tiltakene som omfattes av markedsreguleringsordningen", altså at det ses bort fra andre konkurransemessige fordeler og ulemper. Hva som ligger i denne avgrensingen er noe uklart, men eksempelvis vil en avgrensning mot P/U-ordningen eller ordningen med melkekvoter som utgangspunkt falle utenfor mandatet. Det gruppen likevel *ikke* tar opp, er spørsmålet om konkurransevriddende virkninger innenfor markedsbalanseringen vil kunne forsterke og virke sammen med konkurranseulemper som følger av den historiske og faktiske strukturen i de aktuelle markedene og annet regelverk. Uten en slik mer helhetlig tilnærming er det ikke mulig å avdekke de reelle konkurranseutfordringene, og heller ikke diskutere tiltak for å bringe disse til opphør. Det er derfor verdt å merke seg at denne arbeidsgruppen bare behandler en liten (riktignok sentral) del av hele bildet.

I pkt. 12.7 tar gruppen opp andre konkurransebegrensende effekter. Dette kan f.eks. være koordinering mellom aktører. Disse betraktningene fremstår som fornuftige og i tråd med det man vil forvente ut fra økonomisk teori. Slike spørsmål om horisontal koordinering er viktige, men likevel ikke særlig sentrale for det som er hovedfokus her, nemlig spørsmålet om vridding i konkurransen mellom regulator og uavhengige meierier.

2.2.3 Behandling av kilder til konkurransevridding

Arbeidsgruppen tar utgangspunkt i de kilder til konkurransevridding som ble nevnt i markedsbalanseringsrapporten. Dette gjelder:¹⁰

- ulik tilgang til informasjon
- over- og underkompensasjon i forbindelse med reguleringstiltak

⁹ Jf. rapporten s. 82, med henvisning til markedsbalanseringsrapporten s. 49.

¹⁰ Arbeidsgruppen s. 87, med henvisning til markedsbalanseringsrapporten s. 75.

- hvilke varer det skal reguleres på (kvaliteter og foredlingsgrad) og prisgrunnlaget for dette
- tilgang til og kontroll over råvarer
- regulator påføres ulemper som følge av redusert fleksibilitet med hensyn til anleggsstruktur og prissetting

Videre viser gruppen til at det ble vurdert som "viktig og nødvendig" å få innspill fra de øvrige arbeidsgruppene. Her har gruppen kun mottatt svar fra arbeidsgruppe for informasjonsplikt og arbeidsgruppen for kjøtt, mens gruppen for melk ikke besvarte henvendelsen. På dette punktet vises det til at "rapporten fra Arbeidsgruppe melk inneholder vurderinger av risikoen for konkurransevridding som følge av ulike tiltak under markedsreguleringen for melk".¹¹ Det fremstår som en vesentlig svakhet ved rapporten når informasjon som gruppen anser som "viktig og nødvendig" ikke har nådd frem. Dette gir også grunn til å sette spørsmålsteget ved gruppens kompetanse og kunnskap om sektoren til å gå inn i en reell diskusjon av konkurransepolitiske spørsmål.

I den videre diskusjonen brukes følgende metodikk: Det tas utgangspunkt i markedsbalanseringstiltakene, som grupperes i fire hovedområder: Tilgang på informasjon, Pris- og kostnadsreguleringer, Tilgang til, og kontroll over råvarer, og Opplysningsvirksomhet og faglige tiltak. Under hvert av disse punktene oppsummeres vurderingene i markedsbalanseringsrapporten, før gruppen kommer med egne vurderinger. Disse vurderingene er imidlertid meget mangelfulle:

Det første punktet om tilgang til informasjon skjer det ingen reell vurdering av, utover at man slutter seg til forslaget fra arbeidsgruppe informasjonsplikt om å formalisere dagens rutiner for informasjonshåndtering. Ellers heter det:

"Arbeidsgruppe jus skulle etter planen vurdere spørsmålet om informasjonsplikten går lenger enn det som følger av primærnæringsunntaket, og hvilken betydning dette eventuelt ville få. Etter mandatendringen rekker ikke arbeidsgruppen å gjennomføre en slik vurdering og anbefaler derfor at dette blir vurdert på annen måte."¹²

Dette punktet har dermed ikke blitt underlagt en reell vurdering i gruppen, og dette synes å skyldes den mandatendringen som gruppen har blitt utsatt for. Heller ikke Omsetningsrådet går nærmere inn på problemstillingen i sitt høringsnotat, som stort sett kun forholder seg til de spesifikke problemstillingene som ble vurdert av arbeidsgruppene. Grepene som ble gjort med å legge ansvaret for den konkurransepolitiske vurderingen inn i arbeidsgruppe jus, innebærer at slike mer overordnede konkurransemessige forhold har blitt "pakket bort" i prosessen.

Vedr. pris- og kostnadsreguleringer drøftes tre tiltak: Bruk av omsetningsavgift som balanseringsvirkemiddel, produksjonsregulering finansiert av omsetningsavgift og avsetningstiltak. Vedr. det første slår arbeidsgruppen fast at regulatorene mottar mindre kompensasjon enn omsøkt, og avviser dermed indirekte at det foreligger konkurransevridding i form av overkompensasjon. Denne påstanden er ikke belagt, selv om revisorbekreftelse reduserer risikoen. Vedr. produksjonsregulering gir gruppen sin tilslutning til markedsbalanseringsrapportens konklusjon om at det ikke foreligger konkurransevridding siden tiltaket er åpent for alle, men påpeker at det kan gå utover aktører som deltar i den frivillige ordningen.

¹¹ S. 87-88.

¹² S. 91-92.

Når det gjelder avsetningstiltak viser gruppen også til vurderinger som visstnok skal være foretatt av andre grupper. Det heter:

"Arbeidsgruppe jus antar at spørsmålet om markedsregulators rolle som forslagsstiller og gjennomfører av tiltakene kan gi strategiske fordeler som igjen leder til konkurransevridding, er nærmere vurdert i rapportene til henholdsvis Arbeidsgruppe kjøtt og Arbeidsgruppe melk."¹³

Igjen foretas det ingen realitetsdiskusjon av spørsmålet som gruppen er satt til å vurdere. Riktignok adresseres mulige konkurransevriddinger knyttet til kostnadsdekning for f.eks. reguleringslagring. Igjen kommer det imidlertid bare en påstand om at regulatorer underkompenseres: "I henhold til dagens praksis får markedsregulator ikke fullt ut dekket sine kostnader knyttet til reguleringskapasitet."¹⁴ Dette blir for enkelt, siden reguleringslagring vil være rasjonelt for alle aktører i markedet, og det vil ha en kommersiell verdi å lagre. Denne problematikken er imidlertid ikke primært relevant for melk, så jeg drøfter ikke dette videre her.

Videre drøftes tilgang og kontroll over råvarer. Her drøftes mottaksplikt og forsyningsplikt.

Når det gjelder forsyningsplikt, skal det bemerkes at selv om den representerer et tiltak innenfor markedsbalanseringsordningen, er *formålet* ikke direkte markedsbalansering men å hindre konkurransevriddende effekter av ordningen og andre landbrukspolitiske reguleringer. Den representerer derfor kanskje det viktigste konkurransepolitiske tiltaket innenfor markedsbalanseringen. Spesielt gjelder dette for melkesektoren, der samvirkets dominerende stilling styrkes av flere faktorer som kombinasjonen av kvoteordningen og PU-ordningen (med sin prisdiskriminering mellom fraksjoner av råvaren og dens ulike anvendelser).

Det foretas ingen mer inngående drøftelse av forsyningsplikten og hvordan dens innretning kan vri konkurransen. Igjen vises det til behovet for innspill fra andre arbeidsgrupper:

"Også når det gjelder forsyningsplikten er Arbeidsgruppe jus avhengig av innspill fra de andre gruppene for å kunne foreta en vurdering av konkurransevridding."¹⁵

Igjen svares det ikke på problemstillingen, med henvisning til behovet for innspill fra andre arbeidsgrupper (som ikke har kommet). Uten å gå inn i problematikken om hvordan forsyningsplikten og de vilkår som råvare leveres under kan vri konkurransen, konstaterer gruppen ensidig at

"Forsyningsplikten til andre aktører skal sikre disse tilgang på råvarer. Dette er i utgangspunktet en ulempe for markedsregulator fordi regulator må levere til sine konkurrenter i underskuddssituasjoner."¹⁶

Dette blir en forenklet og også selektiv uttalelse. Et hovedpoeng med å pålegge aktører med markedsrett en kontraheringsplikt, er nettopp å utligne konkurranseulemper for andre aktører. At dette da omtales som en separat konkurranseulempe for regulator, når tiltaket nettopp er ment å utjevne regulators konkurransefordel, blir selektivt og bare et lite utdrag av hele bildet. Samtidig avvises altså en nærmere vurdering, igjen under etterlysning av bidrag fra andre arbeidsgrupper, jf. ovenfor. Likevel kommer det her en relevant betraktning fra arbeidsgruppen, mht. ulike problemstillinger i ulike sektorer. Det sies nemlig at

¹³ S. 97.

¹⁴ L.c.

¹⁵ S. 99-100.

¹⁶ S. 99.

"Arbeidsgruppen antar at eventuell konkurransevidning kan slå ulikt ut i de ulike sektorene. For eksempel er kan det stilles spørsmål ved om det er større behov for forsyningsplikt i melkesektoren hvor TINE mottar over 90 prosent melk og hvor melkeproduksjonen er kvoteregulert, enn innenfor kjøttsektoren hvor markedsregulator har vesentlig mindre andel av råvaren og det ikke er kvoter."¹⁷

Isolert sett er dette åpenbart riktig. Utsagnet viser imidlertid to svakheter ved gruppens rapport: for det første at konkurransevidninger innenfor markedsbalanseringstiltakene kan forsterkes av andre forhold (her kvoteordningen) hvilket jf. ovenfor krever en mer helhetlig tilnærming til de konkurransepolitiske spørsmålene. For det andre nøyer gruppen seg med å reise et spørsmål, uten å gå nærmere inn på substans.

I sitt høringsnotat problematiserer Omsetningsrådet enkelte rettslige sider ved forsyningsplikten. Disse vurderingen kommer jeg tilbake til nedenfor i 4.3.1. Arbeidsgruppen adresserte ikke de prinsipielle spørsmålene knyttet til forsyningsplikten, jf. dens kortfattede behandling i pkt. 13.4.4.4.

Når det gjelder mottaksplikt, anfører arbeidsgruppen at den kan være en konkurranseulempe for regulator, men at den er konkurransenøytral for primærprodusentene, siden alle har tilgang. På bakgrunn av en mulig ulempe for regulator, anbefales det en "nærmere vurdering av de konkurransemessige virkningene av mottaksplikten."¹⁸ Dette er ikke fulgt opp av Omsetningsrådet i høringsnotatet.

Når det gjelder det fjerde punktet, opplysningsvirksomhet og faglig tiltak, anser arbeidsgruppen at det ikke foreligger konkurransevidninger.¹⁹

Samlet sett gir dette en nærmest ikke-eksisterende vurdering av konkurransevidninger knyttet til tiltak innenfor markedsbalanseringen. Faktisk er det ikke ett punkt hvor det foretas noe i nærheten av en substansiell vurdering. Rapporten gjengir bekymringer fra markedsbalanseringsrapporten, men nærmest på ethvert punkt stanser diskusjonen med etterlysning av innspill fra andre arbeidsgrupper eller henvisninger til endringer i mandat. Konklusjonen er da også nødvendigvis at denne rapporten overhodet ikke svarer ut Stortingets og departementets bestilling.

Dessverre gjør Omsetningsrådets metodikk i høringsnotatet, der problemstillingene som ble drøftet i arbeidsgruppene utgjør en ramme, at de overordnede konkurransemessige problemstillingene heller ikke adresseres der, jf. pkt. 5 nedenfor.²⁰ Dette er svært betenkelig, siden det er Rådet selv som organiserte arbeidet i gruppene slik at særlig arbeidsgruppe jus i begrenset utstrekning fikk svart ut sitt opprinnelige mandat, jf. pkt. 3 om prosessen nedenfor.

Avslutningsvis i rapporten foretas en vurdering av mulige konkurransevidende effekter av forslag fra arbeidsgruppe kjøtt og melk. For melk er dette vurdert i kap. 19. Gruppens

¹⁷ S. 100.

¹⁸ S. 99. Se nedenfor 4.2.1 om at det også kan være konkurransemessige fordeler for regulator forbundet med en mottaksplikt.

¹⁹ Markedsbalanseringsrapporten påpekte at det kunne foreligge konkurransebegrensninger, men ikke direkte konkurransevidninger. Dette påpekes også av arbeidsgruppen.

²⁰ I protokollen fra Omsetningsrådets møte 9. mai 2019, der rapporten fra arbeidsgruppen ble behandlet, vises det bare til at "hensynet til konkurransevidning er ivarettatt gjennom arbeidet i arbeidsgruppene og referansegruppens rapport", uten at disse hensynene synes diskutert noe mer inngående.

synspunkter her (som i den sammenheng fungerer som en referansegruppe) kommenteres løpende nedenfor i fremstillingen av rapporten fra arbeidsgruppe melk.

2.3 Arbeidsgruppe melk

2.3.1 *Overordnet om konkurransevridding*

Arbeidsgruppe melk behandler konkurransevriddinger som egne punkter under de ordninger som gjennomgås. Gruppen legger til grunn den samme definisjonen av konkurransevridding som arbeidsgruppe A/E. Det fremheves også at når markedsbalanseringen ikke skal virke konkurransevridende forutsetter dette en "balanse mellom rettigheter og plikter, fordeler og ulemper, samlet sett for aktørene i markedet."²¹ I det videre fremheves det at ordningen legger både rettigheter og plikter på markedsregulator. Kostnadsdekningen som fås gjennom Omsetningsrådet omtales som en fordel. Deretter sies det:

"På den annen side utgjør markedsregulators mottaksplikt, forsyningsplikt og informasjonsplikt ulemper for markedsregulator. Disse pliktene bidrar til å balansere rettigheter og plikter for aktørene i markedsordningen. Siden det er den samlede overordnede balansen som er viktig, er det ikke alltid hensiktsmessig å vurdere enkeltelementer hver for seg. Når det skal vurderes om markedsreguleringen er konkurransevridende må konkurransemessige fordeler og ulemper ses i sammenheng."²²

Denne forståelsen av konkurransevridding fortjener noen kommentarer. Dersom det skal legges til rette for konkurranse i et marked, vil konkurransen selvsagt oppleves som en ulempe for den aktøren som tidligere hadde markedet for seg selv. Dette er imidlertid en villet ulempe, siden det ligger i selve konkurransens natur at den tvinger aktørene til å holde lavere priser, innovere for å sikre seg konkurransefortrinn osv. Denne "ulempen ved å møte konkurranse" er ikke noe det skal kompenseres for, i tilfelle vil tilretteleggingen for konkurranse bli virkningsløs.

Slik det vil fremgå nedenfor, synes arbeidsgruppe melk å legge opp til at "ulempen ved å møte konkurranse" også må trekkes inn når man vurderer om balanseringsordningen virker konkurransenøytralt. Denne feilslutningen kan vanskelig forklares med annet enn det spesielle systemet i sektoren, der et balanseringsansvar som inneholder virkemidler også for å fremme konkurranse er lagt til aktørene selv. Det er f.eks. ingen som ville finne på å påstå at Telenor som er pålagt å gi tilgang til sitt mobilnettverk skulle kompenseres for ulempen det er å møte konkurranse i markedet for mobiltjenester. Dersom Stortingets krav om at det skal være konkurranse i industriledet skal være reelt, må det ses bort fra slike ulemper. Det er symptomatisk for gjennomgangen at Omsetningsrådet legger den samme feilslutningen til grunn i sitt høringsnotat.²³

Innenfor systemet er det likevel klart at direkte kostnader ved regulatoroppdraget, samt mulige bedriftsøkonomiske ulemper knyttet til mottaksstruktur osv. vil måtte kompenseres. På dette punktet må imidlertid de enkelte tiltakene det kompenseres for vurderes hver for seg. Det er et grunnprinsipp for markedsreguleringen at markedsregulator skal kompenseres for de kostnader som følger av funksjonen som regulator, verken mer eller mindre, og det er ingen grunn til ikke å beregne dette isolert i hvert enkelt tilfelle.

²¹ Rapport arbeidsgruppe melk, s. 10.

²² S. 10.

²³ Høringsnotatet s. 13, 3. avsnitt.

I et marked der ulike aktører har ulike produkter i ulike markedssegmenter, oppnås ikke fungerende konkurranse på like vilkår gjennom at den dominerende aktøren får ha konkurransefortrinn på enkelte områder vektet opp mot konkurranseulemper på andre. Det gir i stedet ulike konkurransevilkår på samtlige av områdene i den aktuelle sammenhengen som gruppen henviser til. En tilnærming hvor det søkes foretatt en "samlet vurdering" av fordeler og ulemper synes mer egnet til å tåkelegge de egentlige problemstillingene enn å bidra til like vilkår.

2.3.2 Konkurransesvridning og enkelttiltak

I pkt. 3.4.6 vurderer arbeidsgruppe melk det om regelverket for overføringssatser har konkurransevidende effekt. I likhet med i pkt. 1.3 fokuseres det på ulempene regulatoroppdraget påfører regulator. Videre påpekes at transport representerer en kostnad, og det er selvsagt helt riktig at det må kompenseres for denne. Det essensielle her er imidlertid at satsene ikke må kunne benyttes til å vri konkurransen, dvs. at prisene må være markedsbasert og i samsvar med de faktiske kostnader som påløper for markedsregulator ved den aktuelle overføringstransporten. Samtidig må det føres tilsyn med prisene, og da av et nøytralt organ, jf. nedenfor om at Omsetningsrådet med sin nåværende sammensetning ikke utgjør et slikt nøytralt organ. (Spørsmålet drøftes ikke direkte i Omsetningsrådets høringsnotat, siden det her foreslås å avvikle regulering av overføringssatser og overlate dette til avtale aktørene imellom. Det samme gjelder departementet i sitt høringsnotat av 14. november.²⁴ Nedenfor i 4.3.4 argumenteres det for at det uansett må skje en uavhengig kontroll også med overføringsprisene).

Selv om reguleringen av overføringssatser er foreslått opphevet, skal det likevel knyttes noen kommentarer til arbeidsgruppens fremstilling: Det påpekes i rapporten at beregning av overføringssatser ut fra prioritering etter anvendelse, representerer en konkurransemessig fordel for aktører som produserer flytende produkter i forhold til aktører som produserer faste som ost og tørrmelk. Dette treffer emm. dårlig. PU-ordningen har som hovedformål å endre et fritt konkurransemarkeds pristilpassing gjennom avgifter og tilskudd som institusjonaliserer prisdiskriminering nettopp mellom de omtalte hovedgruppene flytende og faste produkter.

For de uavhengige aktørene i dette markedet er konkurransenøytralitet overfor markedsregulator uavhengig av både prisdiskrimineringen i PU-ordningen og (den langt mindre) prisdiskrimineringen mellom melkeanvendelser som ligger i overføringstransportens prioriteringsregler. Det er først hvis markedsregulator opererer med egen avvikende prisdiskriminering utover den som ligger i PU-satsene, og/eller belaster sine konkurrenter med høyere overføringssatser enn berettiget ut fra reelle fraktkostnader og gjeldende prioriteringsregler, at det oppstår skadelig konkurransevidning.

Arbeidsgruppen sier også at det ikke vil foreligge noen konkurranseulempe dersom aktørene makter å få dekket kostnadene gjennom produktprising i markedet. Dette synet bygger emm. på en feilaktig forståelse av formålet med konkurransenøytralitet. Uavhengig av hvordan foretak som forskjellsbehandles møtes i konkurranse i sluttproduktmarkedet, vil en konkurranseulempe frata aktøren muligheten for å senke sin pris ytterligere og dermed fratras muligheten for konkurransehandlinger som ellers ville ha kommet forbrukeren til gode. Arbeidsgruppen synes her å fokusere mer på aktørenes bunnlinje enn på konkurranse i markedet.

²⁴ Departementets høringsnotat, s. 14-15.

Arbeidsgruppe A/E (som referansegruppe) påpeker på sin side at plasseringen av noteringspunkt kan virke konkurransevridende, idet dette reelt sett bestemmer hvor frakten belastes. Denne gruppen anser det nødvendig å vurdere de konkurransemessige konsekvensene av å gjøre alle større meierianlegg til noteringspunkter.²⁵

Dette resonnetet kan det settes spørsmålsteget ved, av følgende årsaker: Det medfører ikke riktighet at plassering av noteringspunktet reelt sett skal bestemme overføringssatsens størrelse. Derimot påvirker valg av basismeierier, og deres tilknytning til noteringspunktene i dagens system, hvordan innfraktilskuddet beregnes i PU-ordningen. Dette har imidlertid ikke noe med de reelle innfraktkostnadene å gjøre, og innfraktilskuddet ligger utenfor det tema som hører under markedsbalanseringen, nemlig den omtalte overføringsfrakten. Det sentrale poenget for sistnevnte er hvorvidt aktørene som kjøper melk under markedsregulators forsyningsplikt må betale mer enn det som følger av markedsregulators reelle kostnader ved overføringsfrakten, hensyntatt prioriteringsreglene, for å få tilgang til råvaren melk.

Den prisen som forsyningsplikten skal utøves til, er i regelverket definert som noteringspris pluss en overføringssats. Hvis forsyningsplikten skal gi tilgang til melk som råvare på like konkurransevilkår, må således både noteringsprisen og overføringssatsen være beregnet på basis av markedsbaserte prinsipper og i tråd med de reelle kostnader som påløper markedsregulator ved levering til deres konkurrenter. I dag blir ingen av disse elementene kontrollert av en nøytral tredjepart, og de uavhengige aktørene har ikke innsyn i beregningene.

I pkt. 4.4.3 vurderes mulige konkurransevridende virkninger av reglene om leveranseplaner og prognoser. Disse anses å fungere greit og er også nødvendige for at forsyningsplikten skal fungere. Dette er det neppe grunn til å sette spørsmålsteget ved. Arbeidsgruppe A/E er enig i vurderingene.

I pkt. 5.4.7 vurderes virkningene av prioriteringsregler i en underskuddssituasjon. Arbeidsgruppen foreslår at det skal benyttes samme prioritering etter anvendelse som ved beregning av overføringssatser under forsyningsplikten. Klart nok vil det være behov for regler om prioritering, og prioritering etter anvendelse kan være et egnet kriterium. Forutsetningen må være at byrdene spres likt ut på aktører som er i konkurranse i sluttproduktmarkedene. Dette er også understreket i arbeidsgruppe A/Es vurdering av forslaget.²⁶ Både rådet og departementet foreslår endringer i tråd med dette.²⁷

Det siste punktet som tas opp av arbeidsgruppe melk er 80 % regelen, jf. pkt. 6.4.7. På dette punktet fremheves igjen at forsyningsplikten har "en konkurransevridende negativ effekt for markedsregulator" men at mottakere får en "positiv konkurransevridende effekt av tiltaket". Som påpekt ovenfor er dette en villet effekt all den tid formålet med ordningen er å legge til rette for konkurranse, og det at regulator møter konkurranse er ikke en ulempe det skal kompenseres for. Tvert imot er det nettopp formålet med konkurranse at overskudd skal konkurreres ned til fordel for forbrukerne, og at aktørene skal stimuleres til å innovere. På dette punktet inntas emm. et for snevert synspunkt, der forsyningsplikten som konkurransepolitisk virkemiddel overses.

²⁵ Arbeidsgruppe A/E, s. 121.

²⁶ S. 121.

²⁷ HHv. s. 18 og s. 13.

Derimot er det helt riktig som det påpekes at regulator ikke skal påføres urimelige ulemper, og at det fremstår som begrunnet at aktører som mottar forsyninger må ta sin del av volumrisikoen. Dette støttes også av arbeidsgruppe A/E.

Likevel kan det ikke slik gruppen gjør forsvarer å koble materielle bestemmelser om hvordan volumrisikoen skal fordeles og håndteres, med hvilken prisfleksibilitet over målpris som markedsregulator skal ha anledning til å benytte i form av øvre prisgrense under jordbruksavtalens målprissystem. Den dominerende aktørens adgang til variasjoner i prisuttak under forsyningsplikten som markedsregulator, og en prisløype over målprisnivå, har direkte betydning både for forbrukerne og for markedsregulators konkurrenter. Markedsregulator har økonomisk kompensasjon for reguleringskapasitet, herunder mottakskapasitet, og vil derfor i langt større grad enn sine konkurrenter kunne utnytte en variasjon i prisnivå som markedsregulator også selv planlegger og fastsetter. Det vil være behov for å se fordeling av volumrisiko opp mot kompensasjon for mottaks- og reguleringskapasitet, men de ulike forslagene om kobling mellom en variant av 80 % -regelen og øvre prisgrense, fremstår som unaturlig.

Når det gjelder forslaget til sanksjoner i form av gebyrer og at dette skal legges til Omsetningsrådet, må det igjen understrekes behovet for et nøytralt tilsynsorgan. Jf. nedenfor tilfredsstillende ikke Omsetningsrådet med sin sammensetning kravene til slik nøytralitet. Rådet fremmer da heller ikke selv et slikt forslag, men ønsker at mottager skal kompensere regulator for økte kostnader ved å håndtere volumene.

2.4 Arbeidsgruppene rapporter – vurdering

Inntrykket av arbeidsgruppene rapporter er at de er ensidige og ufullstendige. Som svar på Stortingets bestilling der det bes om en konkurransepolitisk gjennomgang er de meget mangelfulle. Dette skyldes flere forhold: At de ikke inneholder noen egentlig analyse av problemstillingene men er begrenset til antydninger/påstander, at fokuset er for snevert idet man ikke får noe egentlig oversikt over mulige konkurranseutfordringer (spesielt siden tiltakene under markedsbalanseringen ikke ses i sammenheng med andre kilder til konkurransevridning som virker sammen med disse tiltakene), og endelig at sammensetningene av gruppene fører til at det gjennomgående er konkurranseulemper knyttet til regulatoroppdraget det fokuseres på. Gruppene er dominert av representanter fra landbruket, det er kun arbeidsgruppe A/E som har med en nøytral representant fra NFD.

Slik det er påpekt ovenfor, innebærer det faktum at de konkurransepolitiske vurderingene ble lagt inn i arbeidsgruppe juss og mandatendringene underveis, at denne delen av Stortingets bestilling ikke kan anses besvart. De endringene som foreslås er heller ikke egnet til å avhjelpe de konkurransepolitiske bekymringene som ligger til grunn for Stortingets bestilling. Omsetningsrådets høringsnotat er på de fleste punkter rammet inn av de problemstillinger som arbeidsgruppene har reist. På denne måten avhjelper heller ikke de endringene rådet foreslår de konkurransemessige bekymringene. Heller ikke departementet har løftet de prinsipielle problemstillingene knyttet til Omsetningsrådets rolle og utformingen av forsyningsplikten. Disse aspektene behandles nedenfor i 4.3 og 4.4.

2.5 Konklusjon

Konklusjonen er at rapportene bare delvis går inn på de problemstillingene som er relevante ut fra Stortingets bestilling, og at landbrukssidens interesser jevnt over tilgodeses. En nøytral konkurransepolitisk utredning kan dette ikke kalles, jf. også de problemstillingene jeg tar opp i den konkurransepolitiske drøftelsen nedenfor. Min vurdering så langt er dermed at denne utredningen ikke har noen legitimitet utover et partsinnlegg fra landbrukssiden.

3 **Omsetningsrådets prosess**

3.1 Innledning

Prosesen som er gjennomført i regi av Omsetningsrådet var ment å være en gjennomføring av Stortingets bestilling om en konkurransepolitisk og juridisk gjennomgang av markedsbalanseringsordningen. Som påpekt ovenfor, foretas det ingen slik utfyllende analyse. Hva verre er, er at analysen på mange steder fremstår som ensidig, der et hovedfokus ligger på mulige ulemper for regulator ved å påta seg regulatoroppdraget. Som allerede nevnt gjenspeiles dette i Omsetningsrådets høringsnotat, der arbeidsgruppene rapporterer "har vært utgangspunkt for endringsforslagene Omsetningsrådet nå fremmer."²⁸

Omsetningsrådet har et flertall fra landbruks- og samvirkesiden. Av denne grunn kan det settes spørsmålsteget ved forsvarligheten i å overlate til rådet å utrede sensitive forhold som konkurransenøytralitet, der det nødvendigvis vil være sterke interessekonflikter mellom f.eks. samvirkene og frittstående konkurrenter.

3.2 Vurdering av gjennomføring

Omsetningsrådets utredningsmandat ble gjennomført ved at det ble nedsatt flere arbeidsgrupper som skulle utrede ulike deler av bestillingen fra Stortinget. Mandat for gjennomgangen ble vedtatt i rådets møte 14. desember 2017. I møtet 16. april 2018 ble det vedtatt etablert arbeidsgrupper.

Arbeidsgruppene bygger på den inndelingen av oppdraget som ble vedtatt på møtet 8. februar 2018, dvs. A: Redusere risikoen for konkurransevridning, B: Praktisering av markedsregulators informasjonsplikt, C: opplysningsvirksomhet finansiert over omsetningsavgiften, D: Sektorspesifikk gjennomgang, og E: Juridisk gjennomgang. Etter forslag fra Bondelagets representant ble det på møtet 16. april vedtatt å slå sammen arbeidsgruppen for juridisk og konkurransemessig gjennomgang (Arbeidsgruppe A/E). Tatt i betraktning den omfattende oppgaven det ville ha vært å foreta en fullstendig vurdering av mulige konkurransevridende aspekter ved markedsbalanseringen, er det etter min oppfatning klart at dette innebar en vesentlig nedprioritering av den konkurransemessige vurderingen.

Sammensetningen av gruppene ble også drøftet på Omsetningsrådets møte 16. april 2018. I protokollen heter det:

"Det ble diskutert hvem som kan sitte i gruppene, og det var enighet om at det var personer som kunne representere OR-medlemmet på det aktuelle området, hentet fra den eller de organisasjoner medlemmet representerer."²⁹

²⁸ Høringsnotatet, s. 5.

²⁹ S. 107.

Den konkrete utnevnelsen ble overlatt til rådets leder på fullmakt. Jeg har vurdert utredningene fra arbeidsgruppe jus (A/E) og melk. Begge gruppene domineres av flertallsfraksjonen i Omsetningsrådet.

Gruppen som utredet melk var satt sammen av tre personer fra landbrukssiden (to fra faglagene, én fra Tine SA), og én fra NHO Mat og Drikke, som representerer Tine. En slik sammensetning vanskeliggjør en objektiv vurdering, særlig der det nettopp er interessene til Tine som skal vurderes, bl.a. opp mot frittstående meierier. Innledningsvis (s. 10) sies det at gruppen har fått innspill fra bl.a. Synnøve Finden og Q-Meieriene, men disse er ikke presentert i rapporten på en slik måte at det lar seg verifisere hvordan/om de er hensyntatt. Gruppens rapport fremstår som ekspertrapport, uten dissenser eller diskusjoner mellom ulike interesser, og gir derfor uttrykk for en objektivitet den ikke innehar. Jf. gjennomgangen ovenfor inneholder rapporten ingen egentlig fagøkonomiske eller juridiske drøftelser. Det er derfor vanskelig å se rapporten som noe annet enn et partsinnlegg, på de fleste punkter.

Arbeidsgruppe jus er sammensatt av medlemmer fra Norges Bondelag, Norsk Landbrukssamvirke, Nortura SA, NFD, NHO Mat og Drikke, Tine SA og Felleskjøpet Agri SA. Igjen er det en fullstendig skjev sammensetning med kun ett nøytralt medlem fra Nærings- og fiskeridepartementet. Når det gjelder spørsmålene om konkurransevridning, er også denne rapporten helt ufullstendig og overfladisk, jf. ovenfor.³⁰

Når gruppene er satt sammen på denne måten må rapportene ses på som landbrukssidens innspill til det videre forskriftsarbeidet. Selv om forslag til forskrifter nå er sendt på høring, er det ikke betryggende at høringsnotatet ligger så tett på gruppens rapporter. Dette illustrerer godt det konkurransepolitiske problem som følger av Omsetningsrådets sammensetning, og at dette organet i det hele tatt er gitt forskriftsmyndighet. Konklusjonen er klar: at all forskriftsmyndighet som gjelder konkurransepolitiske spørsmål bør legges til departementet, selv om departementet riktignok har en overordnet styring gjennom rammeforskriften.

Det er grunn til å vurdere om ikke den kompetanse som er lagt til landbrukssamvirke som markedsregulatorer i markedsbalanseringssystemet, bør følges opp av et mer balansert og nøytralt sammensatt Omsetningsråd som styringsorgan, og at forskriftshjemmelen holdes i departementet. Dette behandles videre i kapitlet om institusjonelle forhold.

Videre er det på det rene at mandatet for arbeidsgruppe jus (A/E) ble endret underveis.³¹ For å foreta en gjennomgang av rapportene fra de øvrige gruppene ble det nedsatt en referansegruppe bestående av de samme medlemmer som arbeidsgruppe jus.³² Dette, sammen med en endret tidsplan, førte til at arbeidsgruppen ikke fikk tid til å vurdere alle aspekter som opprinnelig var planlagt.

³⁰ Se f.eks. rapporten fra A/E-gruppen, s. 96, der det vises til Markedsbalanseringsutvalgets rapport som følger, uten konkret henvisning (innholdet er hentet fra s. 61 i utvalgets rapport): "Utvalget konkluderer med at selv om det kan reises spørsmål om mulig konkurransevridning til fordel for markedsregulator, siden markedsregulator både fatter beslutninger om iverksettelse og utfører tiltakene, er inntrykket ikke entydig, og det er heller ikke påvist slik strategisk bruk av avsetningstiltakene i praksis." Dette er observasjon fra utvalget som ikke kan trekkes fram som en endelig konklusjon, men som heller burde føre til nærmere konkretisering og vurdering i en oppfølging. Fravær av forsøk på dette er egnet til også å trekke i tvil legitimiteten bak gruppens øvrige konklusjoner.

³¹ Se arbeidsgruppens rapport s. 16 og 17.

³² Se protokoll fra Omsetningsrådets møte 21. mars 2019. Det fremgår av protokollen at dette var i strid med sekretariatets (Landbruksdirektoratets) oppfatning av hvordan gruppene skulle arbeide, se s. 20 f.

I pkt. 13.4.2.4 i rapporten fra arbeidsgruppe A/E heter det f.eks. at

"Arbeidsgruppe jus skulle etter planen vurdere spørsmålet om informasjonsplikten går lenger enn det som følger av primærnæringsunntaket, og hvilken betydning dette eventuelt ville få. Etter mandatendringen rekker ikke arbeidsgruppen å gjennomføre en slik vurdering og anbefaler derfor at dette blir vurdert på annen måte."³³

Dette representerer nok et eksempel på at de relevante arbeidsgruppene hverken har hatt tid eller anledning til å vurdere de forholdene Stortinget har etterlyst.

Slik det er vist ovenfor, måtte arbeidsgruppe jus også avvente innspill fra øvrige grupper, samtidig som ansvaret for å vurdere konkurransemessige effekter av tiltak også var spredt mellom gruppene. Et slikt eksempel på ansvarspulverisering mellom gruppene finnes i avsnitt 13.4.3.4. C). Her sies det at

"Arbeidsgruppe jus antar at spørsmålet om markedsregulators rolle som forslagsstiller og gjennomfører av tiltakene kan gi strategiske fordeler som igjen leder til konkurransevridding, er nærmere vurdert i rapportene til henholdsvis Arbeidsgruppe kjøtt og Arbeidsgruppe melk. I så fall er dette vurderinger som må tas videre i arbeidet med regelverksutformingen i fase II."

Dette fører til at flere aktuelle konkurransepolitiske spørsmål ikke har blitt underlagt en reell vurdering i gruppene. Dermed foretas det således heller ingen reell vurdering av det spørsmålet Stortinget har bedt om å bli utredet.

Arbeidsgruppe for jus/konkurransevridding, som kanskje utgjorde den gruppen med det tyngste mandatet, gir således selv uttrykk for tidsnød pga. tilleggsoppgaver. Når de svakheter ved rapporten som er redegjort for ovenfor ses i lys av disse rammevilkårene, fremstår resultatet som lite overraskende. Rådet burde som et minimum ha gitt gruppen forsvarlige arbeidsvilkår for å ta stilling til de konkurransemessige bekymringene Stortinget hadde gitt uttrykk for, og i alle fall sørget for at det ble gjennomført tilleggsutredninger i forkant av høringsnotatet.

3.3 Formelle krav til utredninger

Omsetningsrådets prosess bærer preg av hastverk, organisatoriske endringer som påvirker muligheten til å levere fyllestgjørende rapporter (sammenslåingen av konkurransevriddings- og jusutredningene), hemmelighold (rapportene ble unntatt offentlighet som saksforberedende dokument etter offentleglova § 14 første ledd),³⁴ og mandatendringer. Arbeidsgruppene er heller ikke nøytralt sammensatt.

Utredningsoppdraget er iht. Stortingets føringer ment å føre frem til endringer i forskriftsverket, selv om Stortinget ikke legger opp til vesentlige endringer i markedsbalanseringen. Siden oppdraget ikke bare gjelder "interne" forhold knyttet til markedsbalanseringen, men også regler som berører andre foretaks rettigheter, er det grunn til å vurdere prosessen opp mot utredningsinstruksen.³⁵

³³ S. 91-92.

³⁴ Se protokoll fra møte 21. mars 2019, s. 14: "Rapportene fra arbeidsgruppene er å betrakte som dokumenter for egen saksforberedelse og unntas ut fra dette fra offentlighet ut fra OfL. §14.1." Rapportene ble frigitt etter offentleglova § 11 ved vedtak i ekstraordinært e-møte 25. juni 2019.

³⁵ Forskrift nr. 184 av 19. februar 2016 Instruks om utredning av statlige tiltak. Selv om det kan settes spørsmålsteget ved om Omsetningsrådet er direkte bundet av instruksen siden den er gitt i medhold av den

I instruksen 1-1 heter det at formålet med instruksen er å legge et godt grunnlag for beslutninger, bl.a. gjennom å involvere dem som er berørt av tiltaket tidlig i prosessen. Så lenge et hovedhensyn bak utredningen er å kartlegge og avhjelpe konkurransevidringer, er det åpenbart i strid med dette å basere seg på grupper som kun representerer én side og som hverken består av andre partsinteresser eller uavhengige eksperter. Instruksen angir minimumskrav til utredning (2-1), der bl.a. prinsipielle spørsmål skal identifiseres. I denne saken gjelder dette typisk et spørsmål som om det er nødvendig med eksternt tilsyn for å hindre at systemet virker eller benyttes konkurransevidrende. I 2-2 om omfang og grundighet heter det videre at utredningen skal være "så omfattende og grundig som nødvendig". I lys av gjennomgangen ovenfor, der flere spørsmål i arbeidsgruppe jus' rapport står ubesvarte grunnet manglende innspill fra andre grupper, er det også ganske åpenbart at dette punktet er satt til side. Selv om forskriftsarbeidet ennå ikke er avsluttet, har rapportene etter min oppfatning så store mangler at det vil være i strid med forvaltningsloven § 37, der det heter at "Forvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes", om forskrifter baseres på disse.

Det er heller ikke gjennomført noen høring av rapportene, noe som kunne bidratt til å synliggjøre de spørsmål som arbeidsgruppene ikke har tatt opp eller hadde tid til å ta opp. Slik rapportene fremstår er de som sådanne utilstrekkelige som beslutningsgrunnlag for rådet og departementet i det videre forskriftsarbeidet. At forslagene til forskriftsendringer sendes på høring, reparerer ikke den manglende utredningen av sentrale konkurransemessige spørsmål som ikke tas opp ifm. forskriftendringene. Ikke minst gjelder dette fordi rapportene helt unnlater å gå inn på en diskusjon av mekanismer for å forhindre konkurransevidring.

3.4 Konklusjoner

Det er etter min oppfatning ganske åpenbare mangler ved den utredningen som er gjennomført. Det er ingen konsistent og helhetlig vurdering av de konkurransepolitiske forholdene som Stortinget har etterlyst. Den konkurransepolitiske utredningen er slått sammen med den juridiske, og samtidig virker det som om arbeidsgruppe jus dels har fått begrenset sitt mandat, dels ikke har fått tilgang til informasjon som gruppen anså som nødvendig for å utføre utredningen. Samlet innebærer dette etter min oppfatning at den utredning som er foretatt ikke svarer på Stortingets bestilling.

Videre kan det settes spørsmålstegn ved utredningenes uhildethet, idet arbeidsgruppene er sammensatt utelukkende av/med overveiende flertall av representanter fra landbrukssiden. Det som skulle utredes, dreier seg nettopp om spørsmål med betydelige konkurransemessige konsekvenser, som iht. St. meld. nr. 19 (1999-2000) iht. departementet ikke burde legges til partssammensatte organer.³⁶

alminnelige instruksjonsmyndigheten, er det likevel på det rene at Omsetningsrådet klassifiseres som et frittstående forvaltningsorgan, jf. her konklusjonene til arbeidsgruppe jus. Uansett er det på det rene at utredningen skjer på oppdrag fra departementet, som da også vil være ansvarlig for at denne følges. I instruksen 1-2 heter det at "Instruksen gjelder for utarbeiding av beslutningsgrunnlag for statlige tiltak som utføres i, eller på oppdrag for, statlige forvaltningsorganer." Jf. også 1-3 om departementets ansvar.

³⁶ Se departementets høringsnotat om endringer i rammeforskriften av 14. november 2019, s. 4.

4 Konkurransopolitisk vurdering

4.1 Innledning

Nedenfor foretas det en konkurransepolitisk vurdering. Jeg benytter en litt annen systematikk enn arbeidsgruppen. Min gjennomgang er tredelt; jeg ser først på ulike konkurransevridende effekter av markedsbalanseringen, deretter behandles institusjonelle forhold dvs. særlig sammensetningen av Omsetningsrådet opp mot de oppgaver rådet er tillagt. På grunn av den grunnleggende konkurransepolitiske betydningen behandles forsyningsplikten separat.

Jeg gjennomfører ikke en fullstendig konkurransepolitisk utredning iht. Stortingets bestilling, men vurderer særlig spørsmål i melkesektoren og da med særlig relevans for frittstående meierier.

Mange steder i rapportene fra de to arbeidsgruppene som vurderes her, fremkommer argumentet om at også regulator påføres en konkurranseulempe gjennom regulatorrollen. Dette argumentet benyttes også i markedsbalanseringsrapporten. Det er likevel grunn til å sette spørsmålsteget ved argumentet slik det er benyttet i diskusjonen.

Det må skilles mellom en ulempe av kostnadmessig art og en konkurranseulempe. Kostnadene ved markedsbalanseringsoppdraget må selvsagt dekkes fullt ut, likevel slik at det ikke må kompenseres for tiltak som regulator uansett hadde foretatt av kommersielle hensyn, f.eks. visse former for reguleringslagring.³⁷ Dersom det gis kompensasjon, vil det ikke foreligge en relevant konkurranseulempe. Den "ulempen" det vises til ved at regulator pålegges forsyningsplikt, vil jf. nedenfor være en villet ulempe for å sikre konkurranse. At man må forsyne en konkurrent og dermed møter konkurranse er ikke noe det kan kompenseres for – i så fall ville konkurranseeffekten blitt nullet ut.

4.2 Konkurransevridende effekter av markedsbalanseringssystemet

4.2.1 *Innledning*

For å forstå markedsbalanseringssystemet må det sorteres litt i de ulike tiltakene som kan iverksettes. Disse kan inndeles i tre grupper:

For det første virksomhet som danner grunnlaget for balanseringen, typisk prognoser over tilførsler og forventet etterspørsel, med sikte på å finne prisløyper som kan gi balanse. Disse kan ikke ses på som egentlig balanseringstiltak, men underlag for identifisering av ubalanse mellom tilbud og etterspørsel, samt dimensjonering av tiltak opp mot ønsket prisuttak (under målprissystemet).

For det andre kommer de egentlige balanseringstiltakene, som typisk gjelder avsetningstiltak som reguleringslagring eller prisnedskrivning, men også i enkelte tilfeller kortsiktig produksjonsregulering som finansiering av tidlig slaktning. Innenfor melk vil slike tiltak typisk dreie seg om kvotereduksjon og overproduksjonsavgift. Disse ligger utenfor det egentlige markedsbalanseringssystemet, så for melk er det ingen kortsiktige produksjonsregulerende virkemidler tilgjengelige for markedsregulator.

³⁷ For å hindre overkompensasjon, bør kompensasjonen i disse tilfeller fastsettes av et nøytralt organ.

For det tredje er det virkemidler for å redusere mulige konkurransevridninger, som typisk gjelder forsyningsplikten.

Den generelle mottaksplikten havner i en slags fjerde gruppe. Generelt sett vil en ubegrenset mottaksplikt, dvs. en avsetningsgaranti til "fastsatt" regulert pris, stimulere til overproduksjon. Dette nødvendiggjør mekanismer for å regulere bort overskuddet. Samtidig er det et behov for mottaksplikt siden den enkelte bonde ikke er i stand til å differensiere sitt tilbud gjennom året iht. en varierende etterspørsel. Dette har sammenheng med at produksjon av jordbruksråvarer er sterkt biologisk betinget og til dels væravhengig. Melk- og eggproduksjon kan ikke skrus av og på uten avliving av produksjonsdyr med tilhørende lang ledetid for oppal av nye. Planteproduksjon varierer mye fra år til år, og kjøttproduksjonen vil f.eks øke på kort sikt hvis man vil redusere produksjonen på lenger sikt, fordi mordyr da må slaktes raskere ut enn ellers. På den annen side har moderne forbrukere en til tider høy variasjon i etterspørselen etter produkter som av biologiske årsaker må produseres jevnt over året. Eksempler på dette er egg til påske, fløte til iskrem og julebakst, kjøtt til grillsesong, osv. Etterspørselen er også slik at den varierer mellom fraksjoner av råvaren. Det er f.eks. ikke slik at alle deler av et slaktedyr er etterspurt som grillmat, og iskremproduksjon på fløte gir overskudd av det som er skummetmelkfraksjonen i råvaren melk.

Innenfor melkesektoren vil imidlertid særlig kvoteordningen motvirke en slik overproduksjon, mens hovedutfordringen ligger i å balansere markedet mot etterspørselssvingninger gjennom året. Samtidig er det verdt å merke seg at virkemidlene for å balansere markedet bl.a. som følge av WTO-forpliktelser, i stadig økende grad har blitt begrenset, jf. bortfall av reguleringseksport og annen subsidiert eksport.

Skal man vurdere konkurransevridninger uten å legge opp til vesentlige endringer i systemet, er det pkt. 2 og 3 ovenfor det bør fokuseres mest på. Det er likevel også av betydning å se på informasjonstilgang og behandling under pkt. 1, samt å være oppmerksom på at mottaksplikten (punkt 4) som markedsregulator har for råvare, gir tilgang til mer vare som det tidvis er stor etterspørsel etter. Når mottak av råvare og lagring av reguleringsprodukter kompenseres gjennom markedsbalanseringssystemet, vil derfor markedsregulator sitte på ekstra ressurser, og dermed en delvis eksternt finansiert råvarebase, for etterfølgende eller samtidig etterspørsel etter hele eller deler av denne råvaren. Et eksempel er at når markedsregulator tar i mot overskudd av melk, vil dette kunne lagres som smør og skummetmelkpulver, og i perioder der det er stor etterspørsel etter fløte til kremfløte eller iskremproduksjon, kan markedsregulator da stanse sin smørproduksjon og kjøre all overskuddsfløte (fra magre meieriprodukter og eventuelt totalt melkeoverskudd) til å betjene disse etterspørselstoppene.

Det er derfor ikke utelukkende "ulemper" tilknyttet å ha mottaksplikt. I tillegg til at mottakspliktens primære funksjon er å hindre prispress og prisfall i råvaremarkedet for markedsregulators eiere, dvs. en stor fordel for bønder som må bli kvitt sin produksjon, får markedsregulator (dvs. de samme bøndene) fordeler av å disponere dette råvarevolumet i perioder med høy etterspørsel.

Å vurdere balansen mellom fordeler og ulemper av markedsbalanseringsregelverket, er således en kompleks oppgave. Utgangspunktet for vurderingen er Stortingets mandat: "Vedrørende balanseringsordningen for kumelk: 'Vurdere å endre regelverket som forenkler ordningen og reduserer risikoen for konkurransevridning i melkesektoren'".

I markedsbalanseringsrapporten foretas det en konkret vurdering av de enkelte balanseringstiltak, der det også identifiseres mulige konkurransevridende virkninger. I oppsummeringen i pkt. 5.3 identifiseres følgende kilder til konkurransevridning:

- markedsregulator kan ha en informasjonsfordel som strategisk kan utnyttes i kraft av sitt prognosearbeid
- over- eller underkompensasjon i forbindelse med reguleringstiltak kan ikke utelukkes
- hvilke varer det skal reguleres på (kvaliteter, foredlingsgrad) og prisgrunnlag for dette
- regulator kan ha bedre tilgang til og kontroll over råvarer
- regulator kan påføres ulemper gjennom redusert fleksibilitet med hensyn til anleggsstruktur og prissetting.³⁸

Videre er det grunn til å nevne utvalgets påpekning av uklare hjemler og styringsmidler, som svekker tilliten til systemet. Om dette sier et enstemmig utvalg at

"Denne uklare strukturen skaper dels liten forutberegnelighet for aktørene, men gir også grobunn for konflikter og misforståelser som kunne vært unngått. Samtidig er uklarhetene selvsagt uheldige for aktørenes tillit til systemet."³⁹

Videre må det vurderes om forsyningsplikten er tilstrekkelig effektiv, herunder spørsmålet om det er tilstrekkelig separasjon mellom råvare og industriledd i Tine. Om dette sier et enstemmig utvalg at

"Markedsregulators vertikale integrasjon muliggjør en prissetting som kan være til ugunst for aktører som bare opererer i en del av den vertikale verdikjeden. En forutsetning for konkurransenøytralitet er for eksempel et prinsipp om at en internpris som inneholder kapitalavkastningselementer ikke kan utgjøre riktig sammenligningsgrunnlag ved fastsettelse av «lik» noteringspris til tredjepart."⁴⁰

4.2.2 Informasjonsasymmetri

Markedsbalanseringsrapporten drøfter spørsmålet om konkurransevridninger som følge av informasjonsfordeler i pkt. 4.2.4. På dette punktet konkluderes det imidlertid ikke klart med at det foreligger konkurransevridninger. Utvalget la til grunn at regulator rent faktisk vil kunne ha bedre informasjonstilgang enn andre aktører, men at dette "vel så mye er en konsekvens av aktørenes størrelse som av markedsregulatorrollen".⁴¹ Gruppen går likevel ikke videre i denne analysen. Det påpekes at informasjonsplikten bidrar til å redusere eventuelle konkurranseulemper.

Problemstillingen må imidlertid ses i en litt større sammenheng, idet det må tas hensyn til den mulige strategiske tilpasningen iht. informasjonsasymmetrien. I markedsbalanseringsrapporten beskrives det f.eks. at Tine innhenter behov fra andre aktører i august hvert år, og at dette sammen med Tines eget behov danner grunnlaget for Tine Råvares prognoser.⁴² Dette dreier seg således om at informasjonsasymmetri i sammenheng med kontroll over avsetningstiltak benyttes til å ta strategiske beslutninger brukt til egen fordel. Dette kan f.eks. gjelde fastlegging av prisløyper som favoriserer egen produksjon, uten at det føres noen kontroll med hvilke hensyn som har vært tatt. Dette viser at konkurransevridninger

³⁸ Markedsbalanseringsrapporten, s.75.

³⁹ S. 77. Nettopp dette forholdet utgjorde et viktig argument for en juridisk gjennomgang av systemet. Arbeidsgruppe jus har imidlertid ikke gått skikkelig inn i denne materien.

⁴⁰ S. 68.

⁴¹ S. 52.

⁴² S. 52.

vil kunne oppstå gjennom praktiseringen av prognosering, og også som grunnlag for avsetningstiltak som på en eller annen måte favoriserer Tines egen produksjon.

Utover dette må det forventes at informasjon flyter fritt i Tine-systemet, slik at industriledet f.eks. vil ha tilgang til innmeldt behov hos konkurrenter. Dette kan ses på som en strukturell konkurransevridning, som ikke nødvendigvis utnyttes av Tine, men som systemet likevel legger opp til.⁴³

Løsningen på denne utfordringen er ikke nødvendigvis å gjøre noe med reguleringsystemet eller regulatorrollen, gitt Stortingets forutsetninger om at det ikke skal gjøres vesentlige endringer. Derimot vil et svar kunne være en tydeligere separasjon mellom råvare- og industriledet i Tine, jf. nærmere nedenfor. Det harmonerer dårlig med å sikre like konkurransevilkår på industriledet at den aktøren som er markedsregulator er et vertikalt integrert konsern med et morselskap der det ikke er noen selskapsmessig skiller. Det er i Tine SA, som er markedsregulator, verken selskapsmessig skille mellom (1) foredlingsindustri-virksomhet i konkurranse med andre aktører, og (2) regulatorvirksomhet i form av produksjon, lagring osv. av reguleringsvarer, som begge er aktiviteter som utføres i avdeling Tine Industri, eller mellom denne avdelingen og (3) den avdelingen som har ansvaret for å balansere råvaremarkedet og derfor sitter med et totalbilde av de øvrige aktørenes innmeldte behov, og dessuten sitter med virkemidler for å regulere tilgang og avsetning. Uten en tydeligere separasjon vil det nærmest være en presumsjon for at konkurransevridninger kan oppstå, idet regulator selv ikke vil ha incentiver til å søke å forhindre dette.

4.3 Nærmere om forsyningsplikt

4.3.1 *Rettslige rammer*

Forsyningsplikten har en uskarp rettslig forankring, noe som gir seg utslag i uklare regler, manglende kontroll og håndhevelse, og også uklarheter knyttet til kompetansegrunnlaget og grunnlaget for rettigheter og plikter etter ordningen. Forsyningsplikten – som en konkurransepolitisk begrunnet kontraheringsplikt – avviker således på flere områder fra reguleringsregimer det er naturlig å sammenligne med, f.eks. tilgangsforspliktelser innenfor telekomsektoren.

Disse svakhetene er treffende beskrevet i departementets høringsnotat av 14. november 2019 om endringer i rammeforskriften. Her vises det til ot. prp. nr. 22 (2001-2002) der det ble påpekt at Omsetningsrådets kompetanse til å fastsette mottaks- og forsyningsplikt ikke kunne "utledes direkte av omsetningsloven". Etter det departementet ga uttrykk for der fremstod forsyningsplikten som "et vilkår overfor markedsregulator for dennes bruk av markedsreguleringsmidler til ulike avsetningstiltak." I høringsnotatet fra 2019 tilføyer departementet at "Det var således tale om å sette betingelser for begunstigende tiltak – en adgang som følger av den alminnelige forvaltningsrettslige vilkårlære."⁴⁴ Deretter sies det at "Det ville være påkrevd med lovhjemmel dersom departementet skulle ha samme mulighet til å fastsette slike forpliktelser, noe som på sin side ville krevd en ny høringsrunde." I den videre behandlingen kokte dette bort, og i departementets fornyede gjennomgang i 2008 ble en

⁴³ Og som dermed vil være i strid med Stortingets forutsetning om at deltakelse i markedsreguleringen ikke i seg selv må gi konkurransefortrinn, jf. Innst. S. nr. 186 (1980-81), sitert i rapporten fra arbeidsgruppe A/E, s. 52.

⁴⁴ Høringsnotatet, s. 5.

hjemmelsbestemmelse i omsetningsloven ansett som overflødig.⁴⁵ Dette fordi rammeforskriften ga Omsetningsrådet en generell instruks som "styrer rådets beslutninger i saker av konkurransemessig betydning."

Utgangspunktet for departementets drøftelse er uttalelsene i St. meld. nr. 19 (1999-2000) om at det ikke var "ønskelig å legge saker med betydelige konkurransemessige konsekvenser til partssammensatte organer".⁴⁶ Dette anses nå ivaretatt gjennom rammeforskriften, der formålsbestemmelsen i § 1 forskriftsfester et prinsipp om konkurransenøytralitet. En slik ramme vil imidlertid ikke i seg selv være tilstrekkelig for å sikre at det ikke oppstår konkurransevridninger, jf. nærmere nedenfor 4.4.

Det andre viktige poenget her er imidlertid *hjemmelsgrunnlaget*, som departementet anser at er den alminnelige vilkårs læren. I den utstrekning bevilgningene til omsetningstiltak anses som *betaling for en tjeneste*, vil det, jf. pkt. 4.4.1 ikke dreie seg om myndighetsutøvelse, og det gjelder dermed heller ingen alminnelig vilkårs lære. Det rettslige grunnlaget smuldrer da bort, og forsyningsplikten vil i beste fall måtte anses som basert på avtalegrunnlag. Samtidig er det på det rene at markedsregulatoroppdraget er *frivillig*, slik at regulator vil kunne unngå forsyningsplikt ved å si fra seg regulatoroppdraget. I tilfelle bortfaller også forsyningsplikten, og dermed hele grunnlaget for konkurranse i foredlingsleddet.

Systemet er uansett innrettet slik at det mangler en grunnleggende reguleringshjemmel i lovverket selv, jf., her uttalelsene i departementets høringsnotat. I stedet vil det være opp til Omsetningsrådet å fastsette både plikten og vilkårene for denne, likevel slik at kompetansen må utøves innenfor prinsippet om konkurransenøytralitet i rammeforskriften § 1. Det er – i strid med de føringene som ble lagt i St. meld. nr. 19 (1999-2000) – således nettopp et partssammensatt utvalg som fatter vedtak i disse sakene, og da på grunnlag en uskarp hjemmel. Det er i praksis heller intet klart skille mellom leveranser under forsyningsplikt og andre leveranser, jf. departementets høringsnotat s. 20. En manglende forankring av leveranser i forsyningsplikten vil nødvendigvis kunne ha betydning for hvorvidt mottaker faktisk oppnår de vilkår vedkommende har krav på.

4.3.2 Behovet for en skjerpet forsyningsplikt

Forsyningsplikten er essensiell for å sikre konkurranse på industrileddet. Uten en regulert forsyningsplikt ville forholdet kun vært regulert av konkurranseloven (§ 11 om forretningsnektelse som misbruk av dominerende stilling). Dette ville imidlertid være et utilstrekkelig grunnlag for å sikre forutsigbare leveranser av råvare. Tilsvarende gjelder i nettverkssektorer som telekom.

Arbeidsgruppe A/E gir uttrykk for at det er et større behov for utvidet forsyningsplikt innenfor melk. Dette som et utslag at Tines dominans i markedet, med ca. 94,5 % av melkeleveransene.⁴⁷ Nærmere bestemt heter det, etter at gruppen har understreket at det er nødvendig med innspill fra andre arbeidsgrupper, at

"Arbeidsgruppen antar at eventuell konkurransevridning kan slå ulikt ut i de ulike sektorene. For eksempel er kan det stilles spørsmål ved om det er større behov for forsyningsplikt i melkesektoren hvor TINE mottar

⁴⁵ Ot. prp. nr. 47 (2008-09).

⁴⁶ Høringsnotatet, s. 4.

⁴⁷ Markedsbalanseringsrapporten, s. 41.

over 90 prosent melk og hvor melkeproduksjonen er kvoteregulert, enn innenfor kjøttsektoren hvor markedsregulator har vesentlig mindre andel av råvaren og det ikke er kvoter."⁴⁸

Dette er en viktig observasjon av arbeidsgruppen, som riktignok ikke følges opp. I konkurransepolitisk forstand er det klart at jo mer dominerende en aktør er innenfor råvare, jo større grunn er det til å regulere tilgangen. Dette har en typisk sett i nettverksindustrier der kontroll over infrastruktur hindrer konkurranse på tjenester. De samme mekanismene gjør seg gjeldende for melk, der ønsket om konkurranse på industrileddet blir utopisk uten effektive reguleringsmekanismer.

I markedsbalanseringsrapporten påpekes det tilsvarende behov, men da på et generelt grunnlag og primært knyttet opp til kontrollbehovet:

"Selv om forsyningsplikten slik den er regulert i markedsreguleringsforskriften bygger på et prinsipp om konkurransenøytralitet, kan det reises spørsmål om det ikke er behov for en mer detaljert styring av vilkårene. Per i dag er det ikke etablert spesielle overvåkningsordninger for å føre kontroll med etterlevelse av konkurransenøytralitetsprinsippet. En etterkontroll basert på prinsippene om konkurransebegrensende marginskvis etter konkurranseloven § 11 vil vanskelig gi tilstrekkelig klarhet og forutberegnelighet."⁴⁹

Dette indikerer at forsyningsplikten slik den er lagt opp i dag er utilstrekkelig som konkurransepolitisk virkemiddel, dvs. å sikre reell konkurranse i industrileddet.

Erfaringer fra andre sektorer tilsier et behov for en temmelig detaljert forsynings- eller kontraheringsplikt, der det må oppstilles særskilte regler for å ivareta konkurranselikheter. For at en slik plikt skal virke effektivt, forutsettes det regler som hindrer marginskvis, diskriminering og evt. andre strategier fra det dominerende foretaket som kan begrense konkurransen. Dette gjelder f.eks. tilretteleggelse for effektive leveranser. På dette punktet kan det vises til det detaljerte regelverket i ekomloven vedr. tilgang til f.eks. mobilnett. Her gir loven NKOM kompetanse til å pålegge konkrete forpliktelser på aktører med sterk markedsstilling. Disse forpliktelsene følges opp løpende, dels gjennom NKOMs egne undersøkelser, dels etter klage fra tilgangskjøpere.

Forsyningsplikten for melk under markedsbalanseringsregimet representerer på samme måte som tilgang til mobilnett det helt grunnleggende fundamentet for konkurranse videre i verdikjeden; tilgang til en essensiell ressurs hos en dominerende aktør. Det er ulike tilgangsrettigheter for ulike melkeanvendelser, noe som kompliserer situasjonen. For produksjon av flytende produkter må aktører i praksis både kjøpe melk fra bønder i konkurranse med Tine, og samtidig supplere gjennom å kjøpe melk direkte fra Tine. Det er derfor behov for å avstemme at dette gir samme tilgangspris, for å oppnå like konkurransevilkår. For faste melkeprodukter kan Tines konkurrenter basere seg utelukkende på råvaretilgang fra Tine, hvilket i større utstrekning gjør dem avhengige av at forsyningsprisen fra Tine er konkurransenøytal.

For alle melkeanvendelser er det et faktum at Tines reelle råvarepris må utledes av deres ferdigvarepriser fratrukket markedsmessige kostnader (pris-minus). Det følger av at Tine som vertikalt integrert samvirkekonsern ikke skiller mellom egenkapitalkostnader (egenkapitalavkastning til eier) og råvarekostnader. Eierne av Tine er samtidig samvirkets råvareleverandører, mens konsernet kun har én kontantstrøm til den kombinerte eier og leverandør, og denne følger råvareleveransen. Innbakt i den totale pris på råvare til Tines eiere

⁴⁸ Rapporten, s. 100.

⁴⁹ Markedsbalanseringsrapporten, s. 68. Et samlet utvalg står bak uttalelsen.

ligger altså også avkastning på Tines egenkapital, enten denne kommer fra foredling av norsk melk eller fra en rekke andre virksomheter i konsernet. I økonomisk terminologi foreligger altså en kryss-subsidiering fra kapitalavkastning til råvareverdi, som gjennom samvirkets dominans, forsterket med markedsregulatorposisjonen og mottaksplikt, etablerer en råvarepris som også andre aktører blir stilt overfor, selv om melkebonden ikke har investert egenkapital i disse selskapene.

Videre er hele meierisektoren underlagt en styrt prisdiskriminering mellom ulike melkeanvendelser gjennom den såkalte prisutjevningsordningen (PU). Det vil føre for langt her å gå inn på denne i detalj, men dens hovedfunksjon er å bidra til at Tine kan ta ut høyere priser på en del av sine sluttprodukter (flytende produkter) enn de ellers ville kunnet, og totalt sett i markedet omsette et større melkevolum til Jordbruksavtalens målpris enn uten en slik styrt prisdiskriminering. Prisdiskrimineringen gjennomføres overfor alle foredlingsaktører i det norske markedet i form av statlige avgifter og tilskudd på anvendt melkeråvare. Dersom denne prisdiskrimineringen skal virke konkurransenøytralt i markedet, er det avgjørende at Tine som dominerende aktør gjennomfører denne for alle sine sluttprodukter, i tillegg til en kostnadsbasert prisdannelse ut fra reelle foredlingskostnader. Tine kan derfor ikke ha frihet til å kryss-subsidiere annerledes enn den institusjonaliserte prisdiskriminering i PU.

Det er følgelig behov for omfattende oppfølging både av Tines forutsetningsvis regulerte prisdannelse ut i sluttmarkedene og av prisdannelsen overfor deres eiere, samt av de mellomliggende kostnadene i verdikjeden, for å kontrollere konkurransenøytral tilgang til den råvaren som forsyningsplikten omfatter. At en slik prisdannelse med internprising i et vertikalt integrert samvirkekonsern er problematisk, ble som tidligere nevnt konstatert av et enstemmig Markedsbalanseringsutvalg. Likevel mangler systemet de helt grunnleggende mekanismer for å sikre at forsyningsplikten etterleves og at prisene faktisk er konkurransenøytrale. Dette representerer en grunnleggende svakhet ved dagens ordning, og noe arbeidsgruppene absolutt burde tatt opp.

Tiden synes mer enn moden for at forsyningsplikten gis en skikkelig lovmessig forankring i omsetningslova. Som nevnt ble dette behovet allerede påpekt i Ot. prp. nr. 22 (2001-2002), men oppfølgingen ble slik det fremgår i departementets høringsnotat av 14. november 2019 om rammeforskriften utsatt (fordi det ville kreve en ny høringsrunde) og det ble deretter lagt på is. En slik lovforankring er imidlertid nødvendig for å sikre at rettigheter tredjeparter er tillagt kan håndheves og kontrolleres på en objektiv måte, og ha varighet som investeringsgrunnlag utover samvirkets frivillige aksept av markedsregulatorrollen.

Dagens forsyningsplikt må også anses som noe mer enn bare et tiltak som skal avhjelpe eventuelle konkurransevridninger som skyldes markedsbalanseringssystemet og regulatoroppdraget. Forsyningsplikten representerer selve grunnlaget for konkurranse i foredlingsleddet, og behovet oppstår grunnet Tines dominerende stilling med kontroll over ca. 94,5 % av melkeråvaren. Et fullgodt system som sikrer uavhengige konkurrenter tilgang til meleråvare kan bare sikres gjennom en lovfestet forsyningsplikt.

Særlig er det spesielt at det mangler en uavhengig tilsynsfunksjon som overvåker ordningen løpende, og som også kan fungere som klageinstans og håndhevingsinstans ved påståtte brudd. Samtidig fremstår ikke selve reguleringen som egnet til å promotere konkurranse på like vilkår, fordi de uavhengige aktørene ikke kompenseres fullt ut for konkurransefordelene Tine oppnår som dominerende aktør og markedsregulator. Dette utdypes i det følgende.

4.3.3 Tydeligere regulering av separasjonen mellom Tine Råvare og Tine Industri

Ovenfor er det påpekt at Tine gjennom sin informasjonstilgang, samt dominerende stilling som leverandør av melk, både har muligheter og incentiver til å opptre på en måte som stiller konkurrenter dårligere i konkurransen. At det foreligger slike incentiver er normalt, også i andre markeder, noe som også har ført til særlig regulering av tilgang innenfor f.eks. telekom.⁵⁰

For å unngå konkurransestridige handlinger som f.eks. marginskvis, vil et krav om vertikal separasjon kunne være et effektivt virkemiddel. Innenfor melk foreligger det en slik intensjon, ved kravet om separasjon mellom Tine Råvare og Tine Industri. Denne inndelingen omfatter imidlertid kun et regnskapsmessig skille uten selvstendig revisjon og visse administrative og organisatoriske bestemmelser, og den er regulert i en avtale mellom Tine SA og Landbruksdirektoratet.⁵¹ Avtalen er omtalt i Jordbruksavtalen 2015-16, s. 5, der det heter at "For å sikre at uavhengige meieriselskaper og Tines egne meierier står overfor reelt sett samme pris på melk som råvare, er råvareomsetningen lagt til en egen enhet i Tine (Tine Råvare), jf. egen avtale mellom Landbruksdirektoratet og Tine SA."

Hvis Tine Industri, Synnøve Finden og Q-Meieriene står overfor ulike (marginale) literpriser på melk fra Tine Råvare, vil ikke ordningen være konkurransenøytral. I Dokument 8:66 S (2011–2012) påpekte daværende landbruksminister (Lars Peder Brekk) at det organisasjonsmessige og regnskapsmessige skillet mellom Tine Råvare og Tine Industri var tilstrekkelig til å "unngå problemer mhp konkurransevridning". Tilsvarende påpekte Landbruksdirektoratet i 2017 at "for å medvirke til at markedsordningen virket konkurransenøytralt for alle aktører, ble det [i 2004] ... etablert et administrativt og regnskapsmessig skille i Tine..."⁵²

Det er imidlertid høyst diskutabelt om Tine SA er organisert på en slik måte at Tine Industri og deres rivaler reelt står overfor samme melkepris. Tvert imot er det grunn til å tro at Tine SA er såkalt *realøkonomisk integrert* (selv om det er organisasjonsmessig og regnskapsmessig skille mellom enhetene). Dette bygger på at det må forutsettes fri informasjonsflyt, at forretningsmessige beslutninger i de to leddene ikke tas uavhengig av hverandre osv. mellom to avdelinger i samme morselskap, slik de to avdelingene Tine Industri og Tine Råvare også er organisert. I så fall betrakter Tine Industri i stor grad melkeliterprisen fra Tine Råvare som en fiktiv internpris, og med mindre Tine SA betrakter egenkapital fra norske melkebønder som en gratis ressurs, vil de benytte en lavere marginalkostnad i sine kalkyler enn fakturabeløpet fra avdeling Tine Råvare skulle tilsi, når avdeling Tine Industri setter prisene på produktene som selges ut av Tine SA. Dette vil føre til en klassisk marginskvisituasjon for Tine Industris konkurrenter.

Dette skyldes det såkalte patronasjeproblemet, dvs. at avkastning på kapitalen i Tine utbetales til Tines medlemmer (eiere) iht. deres leveranser av melk. Denne vil enten utbetales over melkeprisen, eller akkumuleres i Tines balanse, og vil slik både på kort og lang sikt lede til en ytterligere skvis for uavhengige kjøpere av melk, siden de må betale tilsvarende

⁵⁰ Deler av dette avsnittet bygger på Foros/Hjelmeng/Kind: Konkurransforholdene i meierisektoren, rapport utarbeidet for Q-Meieriene 16. juni 2017.

⁵¹ <https://www.landbruksdirektoratet.no/en/campaign/attachment/75522?ts=16b6eb25b58&download=true>.
<https://www.landbruksdirektoratet.no/no/produksjon-og-marked/melk/prisutjevning#avtale-slf-tine>

⁵² Evaluering av konkurransefremmende tiltak i prisutjevningsordningen for melk. Rapport nr. 23/2017 (<https://www.landbruksdirektoratet.no/no/dokumenter/publikasjoner/attachment/65490?ts=15c635a5f30&download=true>), s. 15

egenkapitalavkastning gjennom sine reelle råvarepriser, i tillegg til å betale normal avkastning til sine eiere.

Disse forholdene har viktige konsekvenser for konkurransen med andre meierier som helt eller delvis kjøper melk som innsatsfaktor fra Tine Råvare. For disse er prisen de må betale til Tine Råvare en ekte marginalkostnad (enhetskostnad). Dermed vil de ved patronasje ha en konkurranseulempe selv om de skulle være like effektive som Tine i foredling av melken.

Vertikal separasjon vil som påpekt være et egnet tiltak for å sikre like konkurransevilkår. Dette forutsetter imidlertid at tiltaket gjennomføres tydelig og konsekvent. Det er åpenbart ikke tilstrekkelig med regnskapsmessig og administrativt skille, og heller ikke selskapsmessig skille ville gi tilstrekkelige incitamentet til å løse utfordringene alene. Så lenge de samme melkebøndene som eier industridelen i Tine også eier råvaredelen, vil incitamentet til å praktisere patronasje ligge der. Kun eiermessig separasjon ville derfor kunne fjerne dette incitamentet. Et slikt skille er lite aktuelt, i det det ville innebære at melkebøndene i Tine ikke kunne drive meierivirksomhet utover råvareomsetning.

For meierisektoren er det også spesielt at et så grunnleggende konkurransepolitisk virkemiddel som vertikal separasjon bare er avtaleregulert. I tillegg til at forpliktelsene ikke nødvendigvis er konkurransepolitisk optimale, er det heller ingen reelle og avskrekkende sanksjoner ved overtredelse av separasjonskravet. Om dette heter det i avtalen pkt. 4.4 at Landbruksdirektoratet (da SLF), skal rapportere dette til partene i jordbruksavtalen for videre oppfølging.⁵³

Interessene i morselskapet Tine SA gir åpenbart incentiver til konkurransebegrensende atferd. Skillet bør derfor forsterkes i form av selskapsmessig separasjon, kanskje både mellom sidevirksomheter og meierivirksomhet, samt mellom foredling og råvarehåndtering, slik at det bl.a. kreves separat resultatansvar og at informasjonsflyten mellom enhetene begrenses. Men det vil likevel være nødvendig å også innføre adferdsregulering, typisk ved tilgangsprisregulering slik det er i ekom-sektoren.

Selv om nettopp forsyningsplikten representerer det mest sentrale virkemiddelet for å stimulere til konkurranse i markedet, er disse spørsmålene ikke berørt i Omsetningsrådets gjennomgang. Gitt de tilpasninger i mandat og oppdragsbeskrivelser til arbeidsgruppene fra Omsetningsrådets side, som er dokumentert ovenfor, samt sammensetningen av arbeidsgruppene, er dette imidlertid ikke særlig overraskende. Gjennomgangen her avdekker at det nettopp er innenfor forsyningsplikten det bør settes inn tiltak, dels ved en uavhengig kontroll med vilkårene og adferdsregulering i denne sammenheng, dels gjennom en tydeligere separasjon av Tines ulike virksomheter.

Som et første skritt må den såkalte Tine-avtalen revideres, og den må plasseres som en sentral reguleringsmekanisme over markedsregulator i markedsbalanseringssystemet. I dag er Tine-avtalen oppført på Landbruksdirektoratets nettsider som en del av PU-ordningen. Dette er egnet til å tilsløre avtalens funksjon, idet den ikke forholder seg til PU-ordningen.

⁵³ Formelle brudd på rapporterings- og informasjonsplikter kan riktignok sanksjoneres med dagbøter.

4.3.4 Andre spørsmål i tilknytning til forsyningsplikten

I dette avsnittet vurderes to spørsmål i forlengelsen av forsyningsplikten, nemlig regulering og kontroll med overføringsfrakt samt den såkalte 80%-regelen.

4.3.4.1 Overføringsfrakt

Overføringsfrakten, dvs. prisen på frakt av melk under forsyningsplikten, er i praksis en monopoltjeneste, og prisen vil inngå i forsyningsprisen. I kraft av dette vil det måtte føres kontroll med transportprisen, samtidig som regelverket må utformes slik at kalkuleringen av denne ikke inneholder systematiske konkurransevridninger (dvs. vridninger som følger av selve systemet), og selvsagt slik at markedsregulator ikke settes i stand til å ta ut en monopolpris.

Overføringsfrakten er en integrert del av en omfattende logistikkoppgave med innsamling av melk fra alle landets melkebruk. I praksis gir forskriftsverket Tine stor frihet mht. gjennomføring av transporten, noe som fremgår av markedsreguleringsforskriften § 4-3-6, andre ledd: "Transportopplegg for overføring/levering av melk planlegges og styres av markedsregulator". Første ledd i samme bestemmelse fastsetter at priser og vilkår for overføringsfrakten inngår i definisjonen av en "forsyningspris" under forsyningsplikten: "Forsyningsprisen på melk fastsettes med utgangspunkt i markedsregulators noteringspris, tillagt de overføringskostnader mv. som markedsregulator i den forbindelse har adgang til å belaste mottaker".

Noteringsprisen er altså et utgangspunkt for forsyningsprisen, og dermed også for hvilke transportkostnader som kan tillegges. Noteringsprisen måles i jordbruksavtalens målprispunkt, dit såkalt innfrakt av melk er subsidiert gjennom et innfrakttillegg i Prisutjevningsordningen (betalt av forbrukerne). For melk som fysisk fraktes "gjennom" dette punktet kan en prinsipielt sett omtale overføringsfrakten som at den inkluderer kun frakt etter målprispunktet. Det er kun Tines meierier som er definert som noteringspunkter for målprisen, og de samme meieriene er såkalt basismeierier i innfraktordningen.

Hoveddelen av melken fraktes imidlertid direkte fra bonde til mottaker under forsyningsplikten, uten å kjøres innom Tines meierier (målprispunktet). Markedsreguleringsforskriftenes bestemmelser omtaler derfor ikke målprispunktet som relevant kriterium for praktiske fraktkostnadsberegninger. Dersom en likevel ønsker å benytte illustrasjonen med "før og etter målprispunktet", må det beregnes et fiktivt målprispunkt for hver transportrute ved levering av melk under forsyningsplikten, slik departementet har omtalt det i sitt høringsnotat av 14. november 2019.

For å forenkle problemstillingen kan dette illustreres med en trekant, der melkebonden, basismeieriet og det meieriet der melken skal anvendes utgjør de tre hjørnene. I den enkle modellen kjøres da selvsagt melken direkte (korteste vei) langs den ene siden av trekanten, fra melkebonden til meieriet som skal anvende melken (mottakende meieri). Dersom fraktavstanden fra melkebonden til mottakende meieri er lengre enn til basismeieriet, vil da et "teoretisk målprispunkt" kunne passeres et sted på kjøreruten til mottakende meieri. Dette er selvsagt heller ikke alltid tilfelle, da nærmelken rundt mottakende meieri vil ha kortere kjøreavstand enn til basismeieriet.

Bestemmelsene i markedsreguleringsforskriftene tar som påpekt ikke utgangspunkt i målprispunkter eller konkrete kjøreavstander. Det skyldes at regelverket som vist legger ansvaret for kjøreruter og praktisk logistikk til Tine. Prioriteringsregler mellom ulike

melkeanvendelser gjør det nødvendig først å disponere melken i tråd med disse, for så å beregne de totale fraktkostnader fra beregnet (prioritert) hentested til leveringsstedet (mottakende meieri). Overføringsfraktkostnaden fremkommer deretter etter fratrukk for den fraktkostnad som ville påløpt ved transport til basismeieriet. Sistnevnte transportkostnad er sterkt subsidiert og betalt for gjennom innfrakttillegget og en fastsatt egenandel for Tine (melkebøndene), slik at fradrag for disse elementene er nødvendig også for å unngå dobbelkompensasjon til markedsregulator under forsyningsplikten. Etter gjeldende ordning fører Landbruksdirektoratet kontroll med beregningen av overføringsfraktkostnader.

Både Omsetningsrådet og departementet foreslår endringer i denne modellen. Omsetningsrådet legger opp til at reguleringen av overføringsfraktkostnadene skal opphøre og at denne skal avtales på fritt grunnlag mellom Tine og mottaker.⁵⁴ Departementet beskriver tre ulike modeller; avvikling av regulering, endring i målprispunkt for melk og å videreføre dagens regelverk gjennom rammeforskriften.⁵⁵ I alle tre modeller foreslås det å avvikle Landbruksdirektoratets kontroll med satsene.

Transport av melk er i utgangspunktet en monopol tjeneste, siden det bare er Tine (og Q-meieriene) som har egnet transportmateriell. Det eksisterer således ingen egentlig konkurranse på disse tjenestene i dag. Samtidig er det på det rene at beregning av transportkostnader er en del av forsyningsplikten siden beregningen er avgjørende for den prisen uavhengige aktører betaler for melk (forsyningsprisen).

Begge forhold tilsier at det fortsatt er nødvendig med en regulering og kontroll for å sikre konkurransenøytralitet. Ved en opphevelse av reguleringen vil mottakere i praksis være prisgitt Tines prisforlangende, og det vil kun være konkurranseloven § 11 om misbruk av dominerende stilling som vil legge føringer på prisdannelsen. Dette vil imidlertid innebære kompliserte vurderinger av f.eks. marginskvis, og terskelen for å gripe inn etter § 11 mot *enkeltkomponenter* i en kontraheringsplikt vil sannsynligvis være høy. På tilsvarende måte er det i sektorer med slik særregulering etablert sektorvise tilsyn. I en ordning hvor målprispunktet flyttes, er det også usikkert om konkurranseloven faktisk vil gjelde for beregningen av fraktkomponenten, jf. landbruksunntaket. Det vil derfor emm. være et fortsatt behov for regulering av overføringsfrakten, med klart definerte prinsipper som kan etterprøves.

Departementet foreslår at Landbruksdirektoratets kontrollfunksjon uansett skal oppheves. Løsningen blir da at det er opp til Omsetningsrådet å følge opp regelverket. Grunnet Omsetningsrådet sammensetning vil dette organet være uegnet for en slik oppgave, jf. diskusjonen nedenfor om institusjonelle forhold. Overføringsfrakten vil være en sentral komponent i den reelle melkeprisen og således være av avgjørende betydning for konkurranseevnen til uavhengige aktører. I likhet med de øvrige deler av forsyningsplikten må det også tilligge et uavhengig organ, fortrinnsvis Landbruksdirektoratet, å føre kontroll med beregningene. Dette må forankres i lov, i likhet med selve forsyningsplikten.

4.3.4.2 80 %-regelen

80 % regelen stiller minimumskrav til stabilitet i avtak av råvare under forsyningsplikten. Iht. markedsreguleringsforskriften § 4-3-8 plikter mottakende meieri "i alle uker å ta imot

⁵⁴ Høringsnotatet, s. 21.

⁵⁵ Departementets høringsnotat, s. 14-16.

minimum 80 prosent av siste 3 måneders gjennomsnittlige ukentlige mottak av melk." På den ene siden gir dette markedsregulator en forutberegnelighet over volumene mottakerne vil ta, hvilket igjen har sammenheng med at produksjonen er kontinuerlig og relativt stabil (uavhengig av svingninger i etterspørselen på kort sikt), kombinert med kort holdbarhet.⁵⁶ På den andre siden påfører dette mottakerne en ulempe, i form av en mottaksplikt for melk disse eventuelt ikke kan nyttiggjøre seg.⁵⁷

Markedsregulator benytter også pris for å påvirke volumene, slik at prisen senkes i perioder med overskudd (typisk høytider da etterspørselen etter flytende produkter synker).⁵⁸ Grunnet ulike muligheter til å øke produksjon i overskuddsperioder vil dette kunne føre til at mottakere betaler en høyere pris i snitt over året enn regulator. På sin side vil regulator kunne ha en fordel ved at regulator har fått kompensert investeringer i reguleringskapasitet.

Arbeidsgruppen foreslår å øke øvre prisgrense for noteringsprisen fra 5 % til 10 %. Samtidig anbefales det en ekstern utredning av 80 % regelen og modellen for beregning av kompensasjon for reguleringskapasitet. 80 % regelen foreslås opphevet for foretak som foredler til flytende produkter og små meierier (under 5 mill. liter pr. år som antydning).

En økt øvre prisgrense vil sette uavhengige meierier som produserer faste lagringsdyktige produkter i en skvis, og vil pga ulik tilgang til produksjonskapasitet føre til en gjennomsnittlig høyere pris over året for slike aktører. Dette innebærer en konkurransevridding til fordel for markedsregulator, bl.a. fordi regulator har bygget opp kapasitet det er kompensert for i tilknytning til regulatoroppdraget. Dersom det hadde dreid seg om aktører der den ene av kommersielle årsaker hadde investert i kapasitet for bedre å nyttiggjøre seg prissvingninger, ville dette ikke ha representert en konkurransevridding, men et fullt lovlig konkurransefortrinn.

Den mest konkurransenøytrale løsningen vil være å kutte 80 % regelen for alle og la regulator få full kompensasjon for nødvendig kapasitet som ledd i regulatoroppdraget.⁵⁹ Dette er imidlertid uavhengig av øvre prisgrense i målprissystemet. Det er åpenbart behov for et "pristak" i de perioder der det er høy etterspørsel, og det er ikke grunnlag for å hevde at dagens øvre prisgrense er for lav. Uavhengige meierier søker normalt full kapasitetsutnyttelse i sine anlegg, og har ikke overkapasitet som kan benyttes i perioder med lav etterspørsel etter konsummelk. Enhver variasjon i råvarepris setter således disse aktørene i en skvis. En økning i øvre prisgrense vil forsterke konkurransevriddinger som allerede ligger i ordningen. Jo høyere øvre prisgrense, jo mer kan markedsregulator differensiere målprisuttak slik at det går på bekostning av andre meierier. Koblingen til øvre prisgrense fremstår ikke begrunnet.

Pr. i dag kan 80 % regelen håndheves ved at Landbruksdirektoratet kan begrense retten til leveranser i en etterfølgende månedsperiode, mens Omsetningsrådet ved gjentakelser kan suspendere retten til mottak for en lengre periode, jf. markedsreguleringsforskriften § 4-3-8. Utformingen av denne sanksjonen fremstår i seg selv som konkurransevriddende, ved at meieriet som misligholder påføres en konkurranseulempe gjennom begrenset råvaretilgang. På dette punktet bør det, dersom det er nødvendig for at plikten skal etterleves, heller vurderes en monetær sanksjon ilagt av Landbruksdirektoratet med departementet som klageinstans. Omsetningsrådet må som partssammensatt organ anses som uegnet til å foreta den typen

⁵⁶ Se arbeidsgruppe melk, s. 49.

⁵⁷ Arbeidsgruppe melk, s. 51.

⁵⁸ Se tabell i arbeidsgruppe melk, s. 52.

⁵⁹ Dette er også en løsning departementet ber om innspill på i sitt høringsnotat.

vurderinger. Arbeidsgruppe melk innhentet en vurdering av hjemmelsgrunnlaget for sanksjonen fra arbeidsgruppe jus.⁶⁰ Konklusjonen der var at sanksjonen bygget på samtykke, siden forsyningsplikten i utgangspunktet er en begunstigende ordning. Likevel ble det anbefalt at dette samtykke ble tydeliggjort.

Arbeidsgruppe melks forslag på dette punktet er at det innføres gebyrer (for å dekke ekstraordinære reguleringskostnader). Dette vil, jf. også synspunktene ovenfor, kunne avhjelpe konkurransevridende virkninger av det eksisterende regimet. Forslaget legger imidlertid opp til at Omsetningsrådet skal være sanksjonsmyndighet. Dette mener jeg vil være svært uheldig, siden rådet er partssammensatt og med flertall fra landbruket. Også et hjemmelsgrunnlag i form av samtykke fremstår som uryddig i så måte. Skal en slik rettsvirkning gjennomføres på en forsvarlig måte må den ilegges av et uavhengig organ, dvs. Landbruksdirektoratet, og med klageadgang til departementet. Sanksjoner med et preventivt tilsnitt kan ikke pålegges ensidig av en kontraktspart og heller ikke et partssammensatt organ der landbruket har flertall. Vurderingen til arbeidsgruppe melk blander sammen to regimer, et sanksjonsregime og et regime der det samtykkes til visse rettsvirkninger.

4.4 Institusjonelle forhold

4.4.1 *Omsetningsrådets oppgaver og kompetanse*

Formelt bestemmer Omsetningsrådet kun over bruken av omsetningsavgiften, men siden balanseringstiltakene finansieres over omsetningsavgiften gir dette en reell kontroll over hvilke tiltak som skal iverksettes.⁶¹ Samtidig påvirkes uavhengige aktører av vedtak i Omsetningsrådet.

Arbeidsgruppe A/E foretar en omfattende vurdering av Omsetningsrådets rettslige stilling, og kommer i samsvar med tidligere vurderinger til at det dreier seg om et forvaltningsorgan med særlig selvstendig stilling. Selv om rådet gjennom sin styring av bruken av omsetningsavgiften som er krevet inn i medhold av loven anses å utøve offentlig myndighet, foreligger det likevel ikke klageadgang over vedtak om bruken. Dette er forankret i loven selv, og kan også sies å følge av Omsetningsrådets funksjon iht. jordbruksavtalen. Når det gjelder hvilke tiltak som skal iverksettes og det å stille vilkår for disse (avsetningstiltak, produksjonsregulerende tiltak, opplysningsvirksomhet og faglige tiltak), fremstår dette i utgangspunktet som godt begrunnet. Arbeidsgruppe A/E understreker også det viktige poenget at "Omsetningsloven gir ... en klar hjemmel til Omsetningsrådet til å disponere omsetningsmidlene, men sier ikke noe om at Omsetningsrådet kan pålegge andre noen plikter."⁶²

Arbeidsgruppe A/E konkluderer med at Omsetningsrådet er et forvaltningsorgan med en særlig selvstendig stilling. Konsekvensene av dette er imidlertid dårlig belyst i rapporten, se likevel gjennomgangen i kap. 10 av det rettslige grunnlaget for rådets virksomhet. Særlig er det et spørsmål om Omsetningsrådet faktisk fatter enkeltvedtak etter forvaltningsloven, og dermed utøver offentlig myndighet iht. forvaltningsloven. Svaret på dette spørsmålet vil nok være avhengig av hva slags type vedtak som fattes. Tildeling av midler til ulike tiltak vil f.eks. normalt måtte anses som utøvelse av offentlig myndighet, men dette kan være avhengig

⁶⁰ Se sitat på s. 53 i rapporten fra arbeidsgruppe melk.

⁶¹ Rammene for Omsetningsrådets kompetanse er fastsatt i Forskrift om Omsetningsrådets myndighet vedrørende markedsregulering for jordbruksråvarer (FOR-2003-07-01-919).

⁶² Rapporten, s. 71.

av om rådet gjennom tildelingen reelt sett må sies å betale for en gjenytelse.⁶³ Tilsvarende gjelder der det f.eks. fattes vedtak av betydning for tredjepersons rettigheter etter forsyningsplikten.

I likhet med min påpekning ifm. markedsbalanseringsrapporten må det likevel skje en todeling i vurderingen. Én ting er å styre bruken av midlene, en annen er f.eks. det å sette vilkår for bruken, som kan berøre andre aktørers rettigheter og plikter.⁶⁴ Jeg går imidlertid ikke videre inn på den rettslige konstruksjonen av "plikter" for markedsregulatorene.

Videre foreslår f.eks. arbeidsgruppe melk at Omsetningsrådet skal ha vedtakskompetanse til å fastsette gebyrer ved brudd på 80 % regelen. Dette er en type kompetanse som direkte vil fastsette andre aktørers plikter, og der det vil måtte være klageadgang. Etter mitt skjønn må en slik kompetanse imidlertid legges til et nøytralt organ, jf. også nedenfor om rådets sammensetning.

Arbeidsgruppe melk, pkt. 3.4.5, foreslår dessuten å avvikle LDs kontroll med overføringssatser, og fjerne uavhengige aktørers innsynsrett i beregningene. Essensielt at alle faktorer som kan utnyttes til å vri konkurransen kontrolleres av et nøytralt organ. Omsetningsrådet er partssammensatt men med flertall fra landbruket. Dette er derfor ikke et organ som er egnet til å føre en slik kontroll med nøytralitet som er nødvendig for riktige resultater og tillit til systemet.

Arbeidsgruppe A/E drøfter også situasjonen der det er *regulator* som utøver en form for myndighet. Her sies det bl.a.:

"En del av kritikken som har vært rettet mot markedsbalanseringsordningen går ut på at eventuelt mislighold av markedsregulatorenes plikter, som forsyningsplikt, mottakplikt og informasjonsplikt, ikke er underlagt noen klageadgang for andre som påvirkes av markedsregulatorenes virksomhet. Med det syn på grunnlaget for markedsregulatorenes plikter som Arbeidsgruppe jus har, er det ikke naturlig å tenke seg en forvaltningsrettslig klageadgang for tredjeparter. Det vil på den annen side alltid være fritt for enhver å påpeke overfor Omsetningsrådet at en markedsregulator, som er gitt tilsagn om økonomiske midler, ikke oppfyller de vilkårene som er satt. Når det senere kommer til vedtak om utbetaling i henhold til tidligere vedtak om forhåndstilsagn, vil det være opp til Omsetningsrådet å ta stilling til om markedsregulator har oppfylt pliktene og vilkårene som var satt. Et poeng vil da være at vilkårene som er satt i forhåndstilsagn må fortolkes i avtalerettslig kontekst.

I de begrensede tilfeller der markedsregulatorene har fått tildelt myndighetskompetanse til eksempelvis å prioritere mellom søkere til tilskuddsordninger basert på et regelverk som Omsetningsrådet har vedtatt, er det på den annen side nærliggende å tenke seg at markedsregulatorenes beslutninger eller vedtak bør kunne påklages. Klageorganet vil i slike tilfeller kunne være enten Omsetningsrådet eller dets sekretariat."⁶⁵

I det uthevede ligger det etter mitt skjønn en kraftig misforståelse hva gjelder særlig forsyningsplikten. I dette tilfellet er det *regulator* som er regulert og pålagt en forpliktelse til å levere, jf. markedsreguleringsforskriften § 4 og § 4-3 for melk, jf. også Rammeforskriften § 4. En slik forpliktelse forutsetter, i likhet med i andre sektorer, en tilsynsmyndighet.

Dette spørsmålet er også tatt opp av Omsetningsrådet selv i høringsnotatet, der misforståelsen om at forsyningsplikt innebærer en form for myndighetsutøvelse på markedsregulators hånd følger med. I notatet drøftes nemlig spørsmålet om det skal være en klageadgang på beslutninger truffet av markedsregulator under forsyningsplikten. Her heter det:

⁶³ Jf. her uttalelse fra Lovavdelingen 1997/6990E (Lovdata: JDLOV-1997-6990).

⁶⁴ Se arbeidsgruppe A/E på s. 72 om forsyningsplikt, mottakplikt og plikt til å fastsette priser og prisløyper.

⁶⁵ På s. 75, min uthevelse.

"Markedsregulatoroppdraget tufter på frivillighet, og mottaks- og forsyningsplikten er plikter som medfølger som en forutsetning for oppdraget. Grunnlaget for kompetansen bygger derfor på autonomi og avtale, men de nærmere bestemmelser om hva mottaks- og forsyningsplikten innebærer er som nevnt fastsatt i markedsreguleringsforskriften.

At kompetansegrunnlaget for mottaks- og forsyningsplikten er autonomi og avtale tilsier at markedsregulators avgjørelser tilknyttet kontraheringsplikten ikke er å anse som offentlig myndighet."⁶⁶

Videre vises det til at klagerett ikke er diskutert i forarbeidene til andre typiske reguleringslover som f.eks. ekomloven og energiloven. Omsetningsrådet kommer til at kontraheringsplikt under markedsbalanseringsordningen ikke står i en annen stilling. Det konkluderes som følger:

"Med bakgrunn i denne gjennomgang av rettskilder synes gjeldende rett å være at markedsregulators avgjørelser knyttet til forsyningsplikten og mottaksplikten ikke er enkeltvedtak. Det foreligger derfor ingen klagerett på disse avgjørelsene, jf. forvaltningsloven § 28."⁶⁷

Denne konklusjonen er opplagt – en pålagt kontraheringsplikt vil ikke dreie seg om myndighetsutøvelse. Det som er alvorlig, er at behovet for en kontroll med etterlevelsen av forpliktelsene ikke reises som en separat problemstilling. I de reguleringsregimer som Omsetningsrådet viser til er forpliktelsene på private parter nettopp underlagt et strengt kontrollregime for å påse at forpliktelsene etterleves og at formålet realiseres. F.eks. i ekomsektoren understrekes dette av de mange vedtak Nkom har fattet overfor Telenor for å sikre at plikten til å gi tilgang til mobilnettet utøves på en konkurransenøytral måte.

4.4.2 Behovet for reformer

Utvalget som vurderte markedsbalanseringen ga tydelig uttrykk for mangler ved markedsbalanseringssystemet vurdert opp mot prinsipper for regulering av markeder. Av særlig viktighet er mangelen på klagemuligheter og nøytrale klageorgan. Et samstemt markedsbalanseringsutvalg mente at

"Normalt vil et reguleringsregime basert på lovfestede rettigheter og plikter inneholde kontrollmekanismer og sanksjoner ved manglende etterlevelse. Håndhevelse og kontroll må legges til et organ som er uavhengig av aktørene som kontrolleres.

I første rekke er det markedsregulatorene som er pliktsubjekter etter regelverket under omsetningsloven. Det er imidlertid ikke etablert kontroll- eller håndhevelsesordninger som for eksempel gjør det mulig for andre aktører å klage inn atferd. I praksis vil saker kunne bringes inn for Omsetningsrådet, men det fremstår som usikkert hvorvidt rådets vedtak på generelt grunnlag vil kunne påklages videre, se imidlertid omsetningsloven § 11 siste ledd om omgjøring av vedtak."⁶⁸

Dersom konkurransepolitiske føringer fra Stortinget og hensynet til konkurransenøytralitet skal tas på alvor, krever dette en omlegning av det bestående systemet, der systemet vris i en mer tradisjonell regulatorisk retning. Dette innebærer at kommersielle aktører i markedet må reelt sett likestilles, og det må innføres kontrollmekanismer som sikrer at forpliktelsene faktisk gjennomføres. I så måte virker selve begrepet "markedsregulator" tilsørende, fordi det av konkurransemessige hensyn nettopp er regulatorene som må reguleres.

⁶⁶ På s. 81.

⁶⁷ L.c.

⁶⁸ S. 77.

Omsetningsrådets sammensetning kan ikke ses uavhengig av dets kompetanse. Selv om rådets sammensetning for visse typer av beslutninger kan kritiseres, vil det innenfor systemet likevel kunne være rom for et besluttende råd med den sammensetning det har i dag.

I dag er Omsetningsrådet sammensatt slik at landbruket er i flertall. Dette har vært begrunnet i at omsetningsavgiften er "bondens penger" og at rådet styrer bruken av disse midlene.⁶⁹ Det kan settes spørsmålsteget ved dette utgangspunktet. Omsetningsavgift er en avgift som legges på produksjonen, og som innbetales av den enkelte produsent. Omsetningsrådets kompetanse er i utgangspunktet begrenset til å disponere over omsetningsavgiften, dvs. å tillate og beslutte ulike markedsreguleringstiltak som finansieres over avgiften. Den konkurransevidning som kan oppstå av slike tiltak, samt de rammebetingelser som må reguleres for å åpne for konkurranse på like vilkår, bør like fullt kontrolleres av ordinære forvaltningsorganer direkte underlagt departementet.

Rammene for rådets kompetanse følger av rammeforskriften, som riktignok materielt sett sier fint lite utover det som følger av markedsreguleringsforskriften. Det viktige er imidlertid at myndigheten legges til rådet, samt angivelsen av følgende formål:

"Formålet er å fastsette rammer for Omsetningsrådets vedtak om forsynings-, mottaks- og informasjonsplikt, slik at disse utformes på en måte som gjør at de i minst mulig grad påvirker konkurranseforholdene mellom ulike aktører eller grupper av aktører i markedet."

Iht. gjennomgangen ovenfor er det på det rene at rådet utøver forvaltningsmyndighet idet det fattes vedtak som er bestemmende for noens rettigheter eller plikter, jf. forvaltningsloven § 2. Rådets sammensetning med et flertall fra landbruket, er begrunnet i at det er landbruket som belastes omsetningsavgift og ansvar for overproduksjon, og at avgiftsmidlene skal benyttes til tiltak som skal bidra til å realisere den målpris som landbruket har rett til å ta ut etter Jordbruksavtalen. Dette synliggjør en iboende interessekonflikt mellom hensynet til landbrukets interesser i å styre bruken av omsetningsavgiften på den ene siden, og hensynet til konkurransenøytralitet og uhildet saksbehandling på den andre. Når det særlig gjelder forsyningsplikten som har et klart konkurransepolitisk tilsnitt og ikke kan ses under ett med balanseringstiltak som typisk avsetningstiltak, blir det ganske åpenbart at ansvaret for å treffe vedtak og påse at plikten etterleves konkurransenøytralt ikke kan legges til et slikt organ der landbrukssiden har flertall.

4.4.2.1 Nøytralt klageorgan

Der Omsetningsrådet fatter vedtak i første instans og dette har betydning for tredjepersoner, er det et behov for en klagemulighet til et nøytralt organ. Ut fra arbeidsgruppens rapporter fremstår det slik at flere beslutninger skal legges til markedsregulator, med Omsetningsrådet som klageorgan (f.eks. sanksjoner ifm. 80 % regelen). Dette er det grunn til å advare mot. Reguleringsregimet i dag bygger på et uklart hjemmelsgrunnlag der avtaler i alle fall av arbeidsgruppene anses som hjemmelsgrunnlag. Etter mitt skjønn er dette utilstrekkelig både som hjemmelsgrunnlag og hjemmel for mulige sanksjoner. Tiden synes overmoden for at også landbrukets reguleringer bringes i samsvar med grunnleggende rettsikkerhetsgarantier, og at Omsetningsrådets rolle defineres tydelig. Slik det er påpekt ovenfor vil et partssammensatt utvalg som skal ta stilling til spørsmål som involverer interessekonflikter, pr. definisjon ikke kunne garantere en nøytral behandling av saker. Enn mindre vil Rådet kunne fungere som et nøytralt klageorgan for vedtak som måtte treffes av markedsregulator – sett

⁶⁹ Se f.eks. Markedsbalanseringsrapporten, s. 27.

utenfra vil et slikt system innebære at bondesiden vil ha flertall i to omganger. Den prosessen som er gjennomført etter Stortingets bestilling dokumenterer denne skjevheten, jf. ovenfor.

Slik det er påpekt gjennomgående ovenfor, utpeker Landbruksdirektoratet seg som en nøytral klageinstans. Enkelte vil kanskje se på dette som en "rettsliggjøring" av reguleringen. Poenget er imidlertid at reguleringen allerede representerer en rettslig regulering, og at forholdene dermed må ordnes på en rettssikkerhetsmessig betryggende måte.

4.5 Oppsummering konkurransemessig vurdering

Hovedutfordringen med regulatorrollen for de problemstillinger som drøftes her er mangelen på mekanismer som sikrer mot misbruk og utnyttelse av de konkurransefordeler rollen gir. Også et samlet markedsbalanseringsutvalg etterlyste kontrollmekanismer knyttet til regulatorrollen. Slike mekanismer er fremdeles ikke etablert, hvilket gjør det mulig for regulator å utnytte konkurransefordeler ved vervet som markedsregulator uten at det føres noen form for nøytral kontroll med dette.

5 Nærmere om Omsetningsrådets høringsnotat og Stortingets bestilling

Som påpekt fremgår det av høringsnotatet at arbeidsgruppene har dannet utgangspunktet for de endringsforslagene som fremmes. Høringsnotatet reiser i svært liten utstrekning spørsmål som ikke har vært drøftet i arbeidsgruppene.⁷⁰ Sammensetningen av arbeidsgruppene har, jf. ovenfor, dels vært skjev, dels har arbeidsoppgavene og mandat blitt tilskåret på en slik måte at overordnede konkurransemessige problemstillinger ikke har blitt adressert. Særlig arbeidsgruppen for jus og konkurranse har heller ikke hatt tilstrekkelig tid til å svare på mandatet. Høringsnotatet og den prosessen som har ledet frem til det gir inntrykk av at grunnleggende konkurransepolitiske problemstillinger har blitt pakket til side, mens det derimot er et betydelig fokus på detaljer i markedsreguleringen som hver for seg kan være viktige, men der de grunnleggende forutsetningene for å hindre konkurransevridninger ikke er tatt på alvor.

Forsyningsplikten er den helt grunnleggende mekanismen for å sikre konkurranse i foredlerleddet. Prosessen har likevel ikke tatt denne opp til prinsipiell vurdering, til tross for den helt grunnleggende betydning den har for konkurransen i melkesektoren. Videre er det på det rene at et samlet markedsbalanseringsutvalg ga uttrykk for at det kunne være behov for en "mer detaljert styring av vilkårene" og påpekte at det ikke var "etablert spesielle overvåkningsordninger for å føre kontroll med etterlevelse av konkurransenøytralitetsprinsippet".⁷¹ Det siste går hverken arbeidsgruppene eller Omsetningsrådet inn på, men foretar en irrelevant drøftelse av om markedsregulator utøver offentlig myndighet (hvilket klart ikke er tilfelle). Drøftelsen parkeres dermed med konklusjonen om at det ikke foreligger klageadgang etter forvaltningsloven, uten at det reelle spørsmålet om behov for kontroll med etterlevelse av forpliktelsene overhodet er drøftet. Det gjennomføres altså ingen helhetlig vurdering, tvert imot skjer de konkurransepolitiske vurderingene innenfor de rammene som er trukket opp i arbeidsgruppene rapporter. Når arbeidsgruppene hverken har hatt tid eller ressurser, og heller ikke mandat, til å reise disse

⁷⁰ Det fremgår da også av protokollen fra Omsetningsrådets møte 9. mai 2019 at Rådet anså konkurransehensynet som ivaretatt gjennom arbeidsgruppene arbeid.

⁷¹ Markedsbalanseringsrapporten, s. 68.

problemstillingene i sin fulle bredde, er det ikke overraskende at dette heller ikke gjøres i Omsetningsrådets eget dokument.

Selv om de forskriftendringene som drøftes i Omsetningsrådets høringsdokument selvsagt på hver sin måte kan ha betydning for konkurransenøytralitet, mangler det således en helhetlig vurdering av markedsbalanseringen og innvirkningen på konkurransen. Dette innebærer at Stortingets bestilling bare er fragmentarisk og ufullstendig fulgt opp gjennom den prosessen som hittil har vært.

6 Oppsummering og konklusjoner

Ovenfor har jeg gjennomgått rapportene fra hhv. arbeidsgruppe A/E og melk, prosessen og gjennomføringen av Omsetningsrådets utredning og har endelig foretatt en egen konkurransepolitisk vurdering. Omsetningsrådets høringsnotat er vurdert opp mot Stortingets bestilling og det arbeidet som er gjort i arbeidsgruppene.

Det fremgår av Omsetningsrådets høringsnotat at arbeidsgruppene rapporter har dannet utgangspunktet for de endringsforslagene som fremmes. Høringsnotatet reiser i svært liten utstrekning spørsmål som ikke har vært drøftet i arbeidsgruppene. Dette er svært lite betryggende, både fordi sammensetningen av arbeidsgruppene har vært skjev og fordi arbeidsoppgavene og mandat har blitt tilskåret på en slik måte at overordnede konkurransemessige problemstillinger ikke har blitt adressert. Særlig arbeidsgruppen for jus og konkurranse har heller ikke hatt tilstrekkelig tid til å svare på mandatet. Høringsnotatet og den prosessen som har ledet frem til det gir inntrykk av at grunnleggende konkurransepolitiske problemstillinger har blitt pakket til side, mens det derimot er et betydelig fokus på detaljer i markedsreguleringen som hver for seg kan være viktige, men der de grunnleggende forutsetningene for å hindre konkurransevriddinger ikke er tatt på alvor.

Gjennomgangen som er foretatt viser at prosessen har vært uryddig, preget av hastverk og mandatendringer, og at sammensetningen av arbeidsgruppene har vært på tvers av departementets tidligere anbefaling av vurdering av konkurransepolitisk sensitive spørsmål, med en klar overvekt i gruppene fra landbrukssiden. Dette gjør at rapportene etter min oppfatning ikke er egnet til å tjene som grunnlag for en videre reform av regelverket. Likevel er det arbeidsgruppene rapporter som danner grunnlaget for og rammer inn vurderingene i høringsnotatet.

Særlig er utredningen av konkurransepolitiske spørsmål knyttet til konkurransevridding mangelfull. Det kan se ut som om arbeidsgruppens mandat dels er styrt vekk fra disse spørsmålene, dels har arbeidsgruppen ikke fått tilstrekkelig input fra de øvrige arbeidsgruppene til å kunne svare skikkelig på problemstillingen. En del spørsmål er vurdert av arbeidsgruppe melk, men denne rapporten kan ikke ses på som en objektiv vurdering.

Konklusjonen er at rapportene bare delvis går inn på de problemstillingene som er relevante ut fra Stortingets bestilling, og at landbrukssidens interesser jevnt over tilgodeses. En nøytral konkurransepolitisk utredning kan dette ikke kalles. Min vurdering er dermed at denne utredningen ikke har noen legitimitet utover et partsinnlegg fra landbrukssiden.

Den konkurransepolitiske vurderingen synliggjør særlig at det er behov for en klargjøring og en lovfesting av forsyningsplikten, med et nøytralt tilsynsorgan som kan føre kontroll med etterlevelse. Samtidig må innholdet i plikten og da særlig prismodellen gjøres konkurransenøytral, og med tilstrekkelig adferdsregulering. Videre er det behov for å

gjennomføre separasjonen av Tine Råvare og Tine Industri på en konkurransepolitisk robust måte. Prosessen har likevel ikke tatt disse spørsmålene opp til prinsipiell vurdering, til tross for den helt grunnleggende betydning de har for konkurransen i melkesektoren.