

Kvale & Co Advokatfirma ANS
v/ advokat Henrik Svane
Postboks 1752 Vika
0122 OSLO

Offentlig versjon

Deres referanse
2003/33

Vår referanse
200304849-/ERH

Dato
18. juni 2004

Klage på Konkurransetilsynets vedtak V2003-46 - Inngrep mot C. A. Thoresen AS og Stormøllen AS sitt oppkjøp av Norgesmøllene DA

1. SAKENS BAKGRUNN

Felleskjøpet Øst Vest BA (heretter FKØV) inngikk 18. november 2002, gjennom de heleide datterselskapene Stormøllen AS og C.A. Thoresen AS, avtale om kjøp av 100 prosent av selskapsandelene i Norgesmøllene DA (heretter Norgesmøllene) fra Cermaq ASA (60 prosent), Skiens Aktiemølle ASA (20 prosent) og Fritzøe Møller AS (20 prosent).

Ervervet ble meldt til Konkurransetilsynet 8. januar 2003. I brev av 27. mai 2003 varslet Konkurransetilsynet inngrep mot ervervet, og partene ble i den forbindelse bedt om å legge frem eventuelle forslag til alternative løsninger av saken som tok hensyn til de konkurransemessige problemene tilsynet hadde beskrevet i varslet. I brev av 17. juni 2003 kom partene med sine tilbakemeldinger til varselet om inngrep.

I brev av 25. juni 2003 fremmet partene forslag til avhjelpende tiltak. I denne forbindelse ble det 1. juli 2003 avholdt et møte mellom tilsynet og partene, og i brev av samme dag ble partenes forslag til avhjelpende tiltak ytterligere konkretisert. Etter tilsynets vurdering var imidlertid ikke partenes forslag til minnelig løsning tilstrekkelig til å avhjelpe de konkurranseskadelige virkningene av ervervet. På denne bakgrunn fattet Konkurransetilsynet 3. juli 2003, med hjemmel i Lov 11. juni 1993 nr. 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet (krrl.), følgende vedtak:

«Felleskjøpet Øst Vest BAs erverv av Norgesmøllene DA forbys.

Frem til tidspunktet for tilbakeføring eller salg gjelder følgende:

- 1. Felleskjøpet Øst Vest BA forbys å integrere Norgesmøllene DA eller deler av*

- selskapet i sin virksomhet.*
2. *Norgesmøllene DA skal drives som et uavhengig og selvstendig selskap.*
 3. *Eventuelle langsiktige avtaler mellom Felleskjøpet Øst Vest BA og Norgesmøllene DA må forelegges Konkurransetilsynet for godkjenning.*

Tilbakeføring eller salg må skje innen (...)¹.»

Vedtaket ble påklaget av FKØV ved Kvale & Co Advokatfirma ANS i brev av 14. august 2003. Klager anmodet også om utsatt iverksettelse av den delen av vedtaket som gjelder pålegget om salg i inntil (...)² etter at Arbeids- og administrasjonsdepartementet har fattet sitt vedtak i klagesaksbehandlingen. Klager ba også om en hastebehandling av klagen, av hensyn til de ansatte.

I Konkurransetilsynets brev av 1. oktober 2003 ble partene informert om at fristen for salg eller tilbakeføring av alle andelene i Norgesmøllene utsettes til (...)³ etter departementets avgjørelse i saken. Partene ble også informert om Konkurransetilsynets beslutning om å rette vedtaket. Det rettede vedtaket lyder som følger:

«C.A. Thoresen AS' og Stormøllen AS' erverv av Norgesmøllene DA forbys.

Frem til tidspunktet for tilbakeføring eller salg gjelder følgende:

1. *Felleskjøpet Øst Vest BA forbys å integrere Norgesmøllene DA eller deler av selskapet i sin virksomhet.*
2. *Norgesmøllene DA skal drives som et uavhengig og selvstendig selskap.*
3. *Eventuelle langsiktige avtaler mellom Felleskjøpet Øst Vest BA og Norgesmøllene DA må forelegges Konkurransetilsynet for godkjenning.*

Tilbakeføring eller salg må skje innen (...)⁴.»

I brev av 13. oktober 2003 ble Konkurransetilsynets beslutning om retting av vedtaket påklaget av C.A. Thoresen AS og Stormøllen AS ved Kvale & Co Advokatfirma ANS. Innsigelsene i denne klagen er ellers i all hovedsak de samme som i klagen av 14. august 2003 fra FKØV. Av denne grunn har departementet funnet det mest hensiktsmessig å behandle de to klagenes samlet. I den videre fremstillingen under punkt 2 følgende vil derfor fellesbetegnelsen "klager" bli benyttet.

I brev av 2. desember 2003 til Arbeids- og administrasjonsdepartementet fremkommer Konkurransetilsynets vurderinger av klage over tilsynets vedtak av 3. juli 2003 om forbudet mot ervervet av Norgesmøllene, samt klage over Konkurransetilsynets beslutning av 1. oktober 2003 om å rette vedtaket fra 3. juli 2003. Konkurransetilsynets konklusjon er at verken klagen av 14. august eller av 13. oktober 2003 fører frem, og at det derfor ikke er grunn til å oppheve eller endre vedtaket med hjemmel i Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (fv1.) § 33 annet ledd.

¹ Opplysning unntatt offentlighet jf. offvl. § 5a jf. fv1. § 13 første ledd nr. 2.

² Opplysning unntatt offentlighet jf. offvl. § 5a jf. fv1. § 13 første ledd nr. 2.

³ Opplysning unntatt offentlighet jf. offvl. § 5a jf. fv1. § 13 første ledd nr. 2.

⁴ Opplysning unntatt offentlighet jf. offvl. § 5a jf. fv1. § 13 første ledd nr. 2.

På bakgrunn av henvendelse fra Norske Felleskjøp BA ble det avholdt møte med departementet 22. januar 2004. Tilstede på møtet var også Norsk Institutt for landbruksøkonomisk forskning (NILF).

På bakgrunn av anmodning fra FKØV i klagen av 14. august 2003 inviterte departementet til møte i brev av 28. januar 2004. I brevet ble klager bedt om å komme med eventuelle merknader til Konkurransetilsynets brev av 2. desember 2003 innen 6. februar 2004. Møtet med FKØV og departementet ble avholdt 12. februar 2004. Tilstede var også representanter fra Norske Felleskjøp BA.

I brev til Arbeids- og administrasjonsdepartementet av 12. februar 2004 fra FKØV ved Kvale & Co. Advokatfirma ANS fremkommer at klager er grunnleggende uenig med Konkurransetilsynets vurderinger i brev av 2. desember 2004 til departementet. Det vises for øvrig til FKØVs argumentasjon i klagen av 14. august 2003.

I e-post av 13. februar 2004 til departementet, med kopi til Kvale & Co Advokatfirma ANS, har Norske Felleskjøp BA kommet med enkelte kommentarer til Konkurransetilsynets beregning av markedsandelene til FKØV.

I departementets brev av 23. februar 2004 er Konkurransetilsynet bedt om å kommentere opplysningene som fremkommer fra FKØV og Norske Felleskjøp BA i brev av henholdsvis 12. februar og e-post av 13. februar 2004, jf. ovenfor.

I brev av 2. mars 2004 skriver Konkurransetilsynet at det ikke er nye opplysninger av betydning for saken i brevet fra FKØV av 12. februar 2004. Konkurransetilsynet har også kommet med enkelte tilleggsopplysninger i e-post av 4. mars til brevet av 2. mars d.å. I e-post av 5. mars 2004 fremkommer tilsynets merknader til e-posten fra Norske Felleskjøp BA av 13. februar 2004.

I brev av 18. mars 2004 ba departementet om en nærmere oversikt over og vurdering av de avbøtende tiltak som klager har foreslått og drøftet med Konkurransetilsynet. Videre ba departementet om en vurdering og forslag til andre avhjelpende tiltak som kan være aktuelle i alle berørte markeder, i tillegg til de som allerede er fremsatt overfor tilsynet. I brev av 23. mars 2004 fremkommer klagers beskrivelse av avhjelpende tiltak. Departementet ba i brev av 24. mars 2004 om Konkurransetilsynets eventuelle merknader til de avhjelpende tiltak som klager fremsetter. I brev av 30. mars 2004 gir tilsynet uttrykk for at de foreslåtte tiltakene ikke vil være tilstrekkelige til å avhjelpe de konkurransemessige problemene som ervervet medfører.

På bakgrunn av anmodning fra klager ved Kvale & Co. Advokatfirma ANS ble det avholdt et ytterligere møte med departementet 21. april 2004. Tilstede var også representanter fra Norske Felleskjøp BA.

Den videre fremstilling vil i punktene 2 til 7 beskrive klagers anførsler og Konkurransetilsynets argumentasjon, etterfulgt av Arbeids- og administrasjonsdepartementets vurdering.

2. ANFØRSEL OM AT VEDTAKET ER UGYLDIG

2.1 Vedtaket er rettet mot feil rettssubjekt

2.1.1 Klager

Klager anfører at Konkurransetilsynet har rettet sitt vedtak av 3. juli 2003 mot feil rettssubjekt. Selv om FKØV er morselskap og eier av samtlige aksjer i datterselskapene C.A. Thoresen AS og Stormøllen AS, er de to sistnevnte som er kjøpere i henhold til transaksjonsavtalen av 18. november 2002. FKØV, C.A. Thoresen AS og Stormøllen AS er selvstendige juridiske personer. Det vises til at verken ordlyden i krrl. § 3-11, forarbeidene eller forhistorien til denne bestemmelsen (tidligere prisloven § 42 a), og heller ikke Konkurransetilsynets retningslinjer for inngrep mot bedriftserverv, gir Konkurransetilsynet kompetanse til å treffe vedtak om bedriftserverv overfor morselskapet (FKØV) til den part (C.A. Thoresen AS og Stormøllen AS) som inngår en avtale om bedriftserverv.

Videre mener klager at det heller ikke foreligger hensyn som taler for identifikasjon mellom FKØV og C.A. Thoresen AS samt Stormøllen AS i dette tilfellet som medfører at Konkurransetilsynet kan gripe inn overfor FKØV med hjemmel i krrl. § 3-11. Konkurransetilsynet har kompetanse til å treffe vedtak direkte overfor C.A. Thoresen AS og Stormøllen AS, og det er derfor ikke behov for å anvende identifikasjonssynspunkter for å komme til et resultat som er i overensstemmelse med konkurranselovens formål.

På denne bakgrunn er klagers konklusjon at Konkurransetilsynets vedtak er ugyldig som følge av at tilsynet ikke har kompetanse til å forby oppkjøpet overfor FKØV i medhold av krrl. § 3-11.

2.1.2 Konkurransetilsynet

Tilsynet er enig med klager i at det hadde vært korrekt å rette vedtaket mot de selskaper i FKØV-konsernet som i transaksjonsavtalen fremgår som kjøpere. Konkurransetilsynet mener imidlertid at feilen ikke er av en slik art at vedtaket må betraktes som ugyldig.

Konkurransetilsynet viser til at det i forvaltningsretten gjelder som en generell regel at et vedtak, til tross for en feil, likevel kan betraktes som gyldig dersom det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold⁵.

Ved vurderingen av om feilen i vedtaket kan ha virket inn på vedtakets innhold, legger Konkurransetilsynet vekt på at C.A. Thoresen AS og Stormøllen AS er heleide datterselskaper av FKØV. Som følge av Norgesmøllenes selskapsform ble kjøpet gjennomført ved at de to heleide datterselskapene sto som kjøpere av (...) ⁶ samtlige selskapsandeler i Norgesmøllene. Begge datterselskapene er imidlertid uten forretningsmessig aktivitet, og er etter det tilsynet har fått opplyst primært beholdt for å beskytte FKØVs rett til å benytte selskapsnavnene. Videre viser Konkurransetilsynet til at kjøpet av selskapsandelene i Norgesmøllene ble finansiert (...) ⁷. Tilsynet legger også vekt på at konkurranseanalysen i vedtaket er knyttet til FKØVs samlede virksomhet, og at det ikke har hatt betydning for dets vurderinger at forbudet

⁵ Graver, "Alminnelig forvaltningsrett" s. 504 flg.

⁶ Opplysning unntatt offentlighet jf. offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2.

⁷ Opplysning unntatt offentlighet jf. offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2.

mot bedriftservivet ved en feil ble rettet mot morselskapet i stedet for de heleide datterselskapene.

I tillegg fremhever Konkurransetilsynet at datterselskapenes interesser har vært ivaretatt i forvaltningsprosessen, fordi morselskapet (FKØV) har representert kjøperne overfor tilsynet. Således er saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven og de relevante bestemmelser i konkurranseloven overholdt også i forhold til C.A. Thoresen AS og Stormøllen AS.

Konkurransetilsynet konkluderer med at det ikke er grunn til å regne med at feilen har virket bestemmende på vedtakets innhold, og vedtaket anses for å være gyldig.

2.1.3 Departementets vurdering

I likhet med klager og Konkurransetilsynet mener departementet at det hadde vært mest korrekt å rette vedtaket av 3. juli 2003 mot C.A. Thoresen AS og Stormøllen AS, ettersom disse er kjøpere i henhold til transaksjonsavtalen av 18. november 2002. Imidlertid mener departementet, som anført at Konkurransetilsynet, at denne feilen ikke bør føre til vedtaket er å betrakte som ugyldig. Departementet viser til den generelle regelen i forvaltningsretten om at et vedtak, til tross for en feil, likevel kan betraktes som gyldig dersom det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold. Departementet er, i likhet med Konkurransetilsynet, av den oppfatning at det ikke er grunn til å regne med at oppføring av feil selskapsnavn i vedtaket av 3. juli 2003 har virket bestemmende på vedtakets innhold. Følgelig må Konkurransetilsynets vedtak anses for fortsatt å være gyldig. I vurderingen under dette punkt legger departementet vekt på de argumenter som er fremført av Konkurransetilsynet i brev av 2. desember 2003 som omtalt ovenfor under punkt 2.1.2.

2.2 Konkurransetilsynet kan ikke rette vedtaket

2.2.1 Klager

Klager anfører at Konkurransetilsynet ikke har adgang til å rette feilen som omtalt ovenfor i punkt 2.1.1 i ettertid, slik tilsynet har gjort i sin avgjørelse av 1. oktober 2003.

Klager viser til at verken konkurranseloven eller forvaltningsloven har bestemmelser om retting av vedtak. Det er imidlertid antatt i juridisk teori⁸ at forvaltningen i en viss utstrekning har adgang til å rette vedtak etter analogi fra Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvml.) §§ 156 og 157. Det legges til grunn at disse bestemmelsene kun åpner for endringer dersom det foreligger åpenbare uriktigheter i vedtaket. Således er det kun feil som har karakter av å være en ” glipp ” som kan rettes, slik at rettingen ikke kan medføre en reell endring i innholdet.

Klager mener at en endring i vedtaket ved å skifte ut FKØV med C.A. Thoresen AS og Stormøllen AS er en så vidt stor endring, at det ikke kan gjøres med mindre det er klart at det er foretatt en utilsiktet feil. Dette mener klager neppe kan sies å være tilfellet i denne saken, ettersom Konkurransetilsynet i hele prosessen som ledet frem til vedtaket hadde oversikt over at C.A. Thoresen AS og Stormøllen AS er parter i transaksjonsavtalen, og ikke FKØV. Det vises i denne forbindelse til notifikasjonen av bedriftservivet datert 8. januar 2003, Konkurransetilsynets brev av 21. januar 2003 og svaret på dette i brev av 22. januar 2003 fra C.A. Thoresen AS og Stormøllen AS. Videre vises til møter og dialog med

⁸ Eckhoff og Smith ”Forvaltningsrett” 6. utgave s. 533.

Konkurransetilsynet i forbindelse med vedtaksprosessen, og selve vedtaket av 3. juli 2003. Således mener klager at Konkurransetilsynet bevisst har rettet vedtaket mot FKØV, fordi det er dette rettssubjektet det er ønskelig å pålegge plikter, og ikke kjøperne C.A. Thoresen AS og Stormøllen AS.

Videre mener klager at Konkurransetilsynet i det rettede vedtaket av 1. oktober 2003 ikke er konsekvent, ettersom det retter seg mot både FKØV, C.A. Thoresen AS og Stormøllen AS. For klager er det ikke åpenbart at vedtaket var ment å rette seg mot alle. Det vises også til at det er uvanlig med et slikt kombinasjonsvedtak, og at det heller ikke er synliggjort i prosessen frem mot vedtaket, eller i vedtaket selv, at dette var intensjonen. Dette styrker etter klagers vurdering innsigelsen om at det hele tiden har vært tilsynets mening å rette vedtaket mot FKØV og at dette ikke er en skrivefeil eller glipp som kan rettes opp i ettertid, slik som tilsynet har gjort gjennom sin avgjørelse av 1. oktober 2003. En endring i partsangivelsen, slik tilsynet har gjort i sitt rettede vedtak av 1. oktober 2003, har etter klagers oppfatning den konsekvens at påleggene som opprinnelig ble pålagt FKØV delvis er overført til to andre rettssubjekter (C.A. Thoresen AS og Stormøllen AS). Dette kan ikke sies å være en utilsiktet feil fra Konkurransetilsynets side.

Klagers konklusjon er derfor at Konkurransetilsynet ikke har kompetanse til å rette vedtaket.

2.2.2 Konkurransetilsynet

I motsetning til klager mener Konkurransetilsynet at det foreligger en rettingsadgang i vedtaket fra 3. juli 2003 som gjennomført i tilsynets brev av 1. oktober 2003, slik at kjøperne i henhold til transaksjonsavtalen av 18. november 2002 også fremstår som dette i vedtaket.

Konkurransetilsynet viser, som klager, til at verken konkurranseloven eller forvaltningsloven inneholder bestemmelser som regulerer i hvilken utstrekning et forvaltningsorgan kan rette opp feil i et vedtak, men at det er antatt at forvaltningen har en adgang til å rette feil etter en analogi fra tvml. §§ 156 og 157. Konkurransetilsynet viser også til at det i juridisk teori er antatt at adgangen til å rette et forvaltningsvedtak er videre enn det som følger av tvistemålslovens regler. Dette har først og fremst sammenheng med at saksbehandlingen i forvaltningssaker er mindre formell enn hva den er for domstolene⁹. Sterke reelle hensyn taler etter tilsynets oppfatning også for en slik regel på forvaltningsrettens område.

Konkurransetilsynet mener at bakgrunnen for feilen i den foreliggende sak er at FKØV fra november 2002 overfor tilsynet har representert kjøperne. Første møte mellom tilsynet og partene ble avholdt 29. november 2002. I dette møtet var avtalepartene representert ved Cermaq ASA og FKØV, jf. også melding av bedriftservervet av 8. januar 2003. I samtlige møter mellom tilsynet og partene i ervervet har kjøperne vært representert ved FKØV. I tillegg har FKØV i brev av 18. februar 2003 begjært løpende partsinnsyn, noe som ble innvilget. Tilsynets varsel om vedtak av 27. mai 2003 ble også rettet mot FKØV, og tilsynet ble i den forbindelse ikke gjort oppmerksom på feilen. Det dreier seg således om en feil som FKØV må ha vært kjent med på et tidlig tidspunkt, men som ikke ble påpekt før etter at det endelige vedtaket ble fattet. Det tilføyes at i forsøket på å komme frem til en minnelig løsning var det FKØV som representerte kjøperne og som kom med forslag til avhjelpende tiltak, jf. brev av 1. juli 2003.

⁹ Eckhoff og Smith, "Forvaltningsrett 6. utg. s. 533 og Frihagen, "Forvaltningsrett Bind III" 1992 s. 32.

På bakgrunn av dette har tilsynet ved en feil betegnet rettssubjektet som forbudet er rettet mot som FKØV i stedet for C.A. Thoresen AS og Stormøllen AS. Tilsynet har imidlertid hele tiden hatt til hensikt å rette forbudet mot de eller det selskap som formelt sett er kjøper av Norgesmøllene. Feilen har således karakter av å være en glipp fra tilsynets side, og denne må ha vært synbar for FKØV allerede i god tid før endelig vedtak i saken. Etter tilsynets oppfatning er det således på det rene at man i vedtaksteksten står ovenfor en ”åpenbar uriktighet”, jf. tvml. § 156.

Tilsynets samlede konklusjon er derfor at vedtaket kan rettes.

Konkurransetilsynet kommenterer også påstanden fra klager i brev av 13. oktober 2003 om at tilsynet i det rettede vedtaket ikke er konsekvent, ettersom det retter seg mot både FKØV, C.A. Thoresen AS og Stormøllen AS. I denne forbindelse understrekes at i forhold til konkurranseanalysen i vedtaket anses FKØV og dets heleide datterselskaper som en økonomisk enhet som må vurderes samlet. Når tilsynet griper inn og forbyr et bedriftserserv i dette tilfellet, åpner krrl. § 3-11 tredje ledd bokstav a for at det kan fastsettes ”*slike bestemmelser som er nødvendige for at formålet med forbudet blir oppnådd*”. I denne forbindelse fremheves at Konkurransetilsynet har vurdert det som nødvendig at Norgesmøllene ikke blir ytterligere integrert i FKØVs virksomhet. I tillegg er det nødvendig å sikre at det ikke blir inngått langsiktige avtaler mellom FKØV og Norgesmøllene uten at tilsynet på forhånd har godkjent disse. Bestemmelsene i vedtaket som retter seg mot FKØVs samlede virksomhet har således ikke karakter av å være tatt inn fordi tilsynet har vært usikker på hvem vedtaket skal rette seg mot, men er tatt inn for å sikre at konkurranseforholdene i de berørte markeder ikke forverres frem til salg eller tilbakeføring av Norgesmøllene finner sted, og for at forbudet mot ervervet således får sin tilsiktede virkning.

2.2.3 Departementets vurdering

Departementet legger til grunn at Konkurransetilsynet har adgang til å rette feil etter en analogi fra tvml. § 156. I denne forbindelse trekker departementet også frem at det er antatt at adgangen til å rette et forvaltningsvedtak er videre enn det som følger av tvistemålslovens regler.

I likhet med tilsynet mener departementet at man i vedtaksteksten av 3. juli 2003 står ovenfor en ”åpenbar uriktighet”, jf. tvml. § 156. I vår vurdering legger vi vekt på de argumenter som er fremført av Konkurransetilsynet i deres avgjørelse av 1. oktober 2003, og i tilsynets brev av 2. desember 2003. Departementet mener at tilsynet hele tiden har hatt til hensikt å rette forbudet mot de eller det selskap som formelt sett er kjøper av Norgesmøllene. Feilen har således karakter av å være en glipp fra tilsynets side, og denne må ha vært åpenbart synbar for FKØV allerede i god tid før endelig vedtak i saken. Samlet sett mener departementet at Konkurransetilsynet har adgang til å rette vedtaket slik de har gjort ved sin avgjørelse av 1. oktober 2003.

Når det gjelder påstanden fra klager om at Konkurransetilsynet ikke er konsekvent i det rettede vedtaket, ettersom det retter seg mot både FKØV, C.A. Thoresen AS og Stormøllen AS, viser departementet til tilsynets argumentasjon som redegjort for under punkt 2.2.2 ovenfor. Departementet legger derfor til grunn at Konkurransetilsynet rettmessig kan stille vilkår overfor FKØV i vedtaket mot kjøperne C.A. Thoresen AS og Stormøllen AS med hjemmel i krrl. § 3-11 tredje ledd bokstav a. Departementet fremhever særlig at bestemmelsene i vedtaket som retter seg mot FKØVs samlede virksomhet er tatt inn av

Konkurransetilsynet for å sikre at konkurranseforholdene i de berørte markeder ikke forverres frem til salg eller tilbakeføring av Norgesmøllene finner sted, slik at forbudet mot ervervet får sin tilsiktede virkning.

I tillegg til det som fremkommer ovenfor, vil departementet med samme rettsgrunnlag foreta en ytterligere retting i Konkurransetilsynets vedtak av 1. oktober 2003. Bakgrunnen er at det fremkommer i brevet fra tilsynet av 1. oktober 2003 at *”fristen for salg eller tilbakeføring av alle andelene i Norgesmøllene utsettes ...til(...¹⁰) etter departementets avgjørelse i saken.”* Dette er imidlertid ikke reflektert i det rettede vedtaket som lyder: *”Tilbakeføring eller salg må skje innen (...)”¹¹*. På denne bakgrunn vil departementet erstatte sistnevnte setning i Konkurransetilsynets rettede vedtak av 1. oktober 2003 med følgende:

”Tilbakeføring eller salg må skje innen (...)”¹² etter departementets avgjørelse i saken.”

2.3 Konkurransetilsynet kan ikke treffe vedtak om inngrep overfor C.A. Thoresen AS og Stormøllen AS etter utløpet av 6 måneders fristen

2.3.1 Klager

Klager anfører at vedtaket som rettes mot C.A. Thoresen AS og Stormøllen AS skjer utenfor seks måneders fristen for inngrep etter krrl. § 3-11 femte ledd første punktum. Det foreligger heller ikke etter klagers oppfatning *”særlige hensyn”* som tilsier at denne fristen kan forlenges til ett år, jf. krrl. § 3-11 femte ledd annet punktum. Det vises i denne forbindelse til lovens forarbeider om at det som hovedregel må foreligge et behov for å få saken bedre opplyst dersom det skal være adgang til å forlenge fristen til ett år. Klager mener at Konkurransetilsynet derimot har gitt uttrykk for at saken er godt nok opplyst, og at det derfor ikke foreligger særlige hensyn som tilsier en fristforlengelse i dette tilfellet. Endelig anfører klager at Konkurransetilsynet ikke har fritt skjønn med hensyn til vurderingen av om det foreligger særlige hensyn til å forlenge fristen til ett år, og at denne vurderingen således fullt ut kan prøves ved eventuell domstolsbehandling¹³.

På denne bakgrunn er klagers konklusjon at Konkurransetilsynet ikke kan treffe vedtak overfor C.A. Thoresen AS og Stormøllen AS etter utløpet av 6 måneders fristen for inngrep, som følger av at det ikke foreligger særlige hensyn som tilsier at denne fristen forlenges.

2.3.2 Konkurransetilsynet

Konkurransetilsynet har ikke kommentert anførselen som fremkommer i punkt 2.3.1 i sitt brev av 2. desember 2003.

2.3.3 Departementets vurdering

Som følge av departementets konklusjon ovenfor under punkt 2.1.3 og 2.2.3 har Konkurransetilsynet rettmessig grepet inn overfor C.A. Thoresen AS og Stormøllen AS innenfor seks måneders fristen i krrl. § 3-11 femte ledd første punktum. Det er således ikke nødvendig for departementet å ta stilling til påstanden om at det ikke foreligger *”særlige hensyn”* som medfører at Konkurransetilsynet kan forlenge denne fristen til ett år.

¹⁰ Opplysning unntatt offentlighet jf. offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2.

¹¹ Opplysning unntatt offentlighet jf. offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2.

¹² Opplysning unntatt offentlighet jf. offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2.

¹³ Harald Evensen *”Konkurranseloven med kommentarer”*, 1999 s. 429.

3. ANFØRSEL OM KRAVET TIL SANNSYNLIGHET ETTER KRRL. § 3-11

3.1 Klager

Klager anfører at det er helt urimelig at oppkjøpet skal forbys på grunn av spekulasjoner om FKØV fremtidige markedsopptreden.

Det anføres at det følger av ordlyden i krll. § 3-11, jf. ”*vil forsterke en vesentlig konkurransebegrensning*”, at Konkurransetilsynet må bevise at FKØV med overveiende sannsynlighet – på bakgrunn av tidligere markedsopptreden – *vil* misbruke sin nye markedsposisjon som følge av oppkjøpet. Etter klagers oppfatning er terskelen for å forby bedriftserverv hvor det ikke er overlappende virksomhet, høyere enn dersom det foreligger slik overlapping. Det hevdes derfor at det ikke er tilstrekkelig at FKØVs posisjon etter oppkjøpet av Norgesmøllene åpner for misbruk av markedsrett, krysssubsidiering mv. Det må etter FKØVs oppfatning stilles krav til at FKØV med overveiende sannsynlighet vil misbruke sin nye markedsposisjon som følge av oppkjøpet.

Til støtte for sitt syn vises det også til Førsteinstansdomstolens avgjørelse i sak T-5/02 *Tetra Laval mot Kommisjonen*, premiss 159-161, som klager mener gir Konkurransetilsynet oppskrift på hvilken vurdering som skulle ha vært foretatt i denne saken. I denne forbindelse trekker også klager frem at Førsteinstansdomstolen tila det vekt at Kommisjonen ikke hadde tatt tilstrekkelig hensyn til at Tetra Laval tilbød å påta seg forpliktelser vedrørende sin fremtidige markedsopptreden, når de vurderte sannsynligheten for misbruk av dominerende stilling. Til sammenlikning vises til at FKØV har vært villige til å påta seg forpliktelser vedrørende sin fremtidige markedsatferd.

Klager anfører videre at Konkurransetilsynet må sannsynliggjøre at det vertikale ervervet vil etterfølges av en konkurranseskadelig atferd som fører til en vesentlig begrensning i konkurransen, som gir selvstendig grunnlag for inngrep etter krll. § 3-10. I motsatt fall vil ikke vilkårene for inngrep etter krll. § 3-11 være oppfylt. Til støtte for dette syn vises det til en uttalelse i juridisk teori¹⁴ og Konkurransetilsynets retningslinjer¹⁵. Etter klagers oppfatning innebærer dette at dersom FKØV etter bedriftservervet ikke opptrer konkurranseskadelig, vil det ikke være grunnlag for å gripe inn overfor slik atferd etter krll. § 3-10, og følgelig er det heller ikke grunnlag for å forby bedriftservervet etter krll. § 3-11. I denne forbindelse viser klager særlig til at når det gjelder Konkurransetilsynets påstand om at FKØV som følge av oppkjøpet vil kunne stenge konkurrenter ute fra tilgang til viktige innsatsfaktorer som kli, samt fra tilgang til havneanlegg og siloer, har FKØV tilbudt å forlenge eksisterende avtaler på havneanlegg og siloer og å tilby andre som ønsker å benytte overskuddskapasitet tilgang på ikke-diskriminerende kommersielle vilkår.

3.2 Konkurransetilsynet

Tilsynet mener det er klart at så vel erverv av aktører på forskjellige ledd i verdikjeden, såkalte vertikale erverv, som erverv av konkurrenter, såkalte horisontale erverv omfattes av krll. § 3-11. Konkurransetilsynet understreker at for at det skal være aktuelt med inngrep mot vertikale erverv, kreves det normalt at konkurransen er vesentlig begrenset allerede i utgangspunktet, fordi de skadelige konkurransemessige virkningene ved slike erverv vil skyldes andre strukturelle forhold enn en umiddelbar økning i markedskonsentrasjonen som

¹⁴ Olav Kolstad “Fra konkurransepolitikk til konkurranserett” s. 231.

¹⁵ Konkurransetilsynets retningslinjer for inngrep mot bedriftserverv punkt 3.3.4.

følge av en reduksjon av antallet uavhengige markedsaktører.¹⁶ Selv om et erverv ikke får umiddelbar virkning på markedskonsentrasjonen, vil det kunne ha konkurransebegrensende virkninger, for eksempel i form av økte etableringshindringer og dermed redusert potensiell konkurranse. I tillegg vil et vertikalt erverv kunne ha virkninger på konkurransen mellom de etablerte aktørene på tilstøtende ledd i verdikjeden.

Konkurransetilsynet viser videre til at krrl. § 3-11 gir tilsynet mulighet til å føre forhåndskontroll med og gripe inn mot varige og irreversible endringer i markedsstrukturen. Bestemmelsen er begrunnet i behovet for å gripe inn mot et erverv for å forhindre endringer i markedsstruktur som legger til rette for økt utøvelse av markedsrett, enkeltvis eller kollektivt. Etter krrl. § 3-11 vil tilsynet således kunne gjøre inngrep mot strukturendringer på grunn av potensielle konkurransemessige virkninger av rasjonell økonomisk opptreden. Dette gjelder generelt for alle typer erverv. Etter tilsynets oppfatning finnes det ingen holdepunkter verken i lovteksten eller i forarbeidene for at man ved vertikale erverv skal stille strengere krav til hva som må sannsynliggjøres av skadelige virkninger enn i horisontale.

Tilsynet mener for øvrig at FKØVs gjengivelse av sak T-5/02 *Tetra Laval mot Kommisjonen* er ufullstendig. Det vises i denne forbindelse til avsnitt 159 (dansk versjon) i avgjørelsen:

«I den forbindelse skal det bemærkes, at selv om forordningen bestemmer, at fusioner, der skaber eller styrker en dominerende stilling, der har væsentlige konkurrencemæssige virkninger, forbydes, innebærer disse betingelser ikke, at det samtidig skal godtgøres, at den fusionerende enhed som følge af fusionen vil foretage ulovlig misbrug»

Tilsynet mener således, i motsetning til klager, at det følger av avsnitt 159 i dommen at det heller ikke etter EU/EØS-retten er nødvendig å sannsynliggjøre at en foretakssammenslutning vil medføre misbruk av en dominerende stilling. Det er således tilstrekkelig å sannsynliggjøre at en dominerende stilling skapes eller styrkes. Konkurransetilsynet understreker imidlertid at Kommisjonen kan legge til grunn, dersom den finner det sannsynlig, at slikt misbruk vil forekomme.

Konkurransetilsynet tilbakeviser også klagers påstand om at tilsynet må sannsynliggjøre at det vertikale ervervet vil etterfølges av en konkurranseskadelig atferd som fører til en vesentlig begrensning i konkurransen, som gir selvstendig grunnlag for inngrep etter krrl. § 3-10. Tilsynet har i den foreliggende sak ikke lagt til grunn at FKØV vil misbruke sin markedsposisjon som følge av oppkjøpet, men at FKØVs markedsrett øker. Konkurransetilsynet mener derfor at det ikke er nødvendig å ta stilling til klagers anførsel på dette punkt.

Konkurransetilsynet samlede konklusjon er at verken konkurranseloven, forarbeidene til loven, eller EU/EØS-konkurranseretten taler for å legge til grunn en tolkning av krrl. § 3-11 som klager anfører.

3.3 Departementets vurdering

Departementet legger til grunn at både vertikale og horisontale erverv omfattes av krrl. § 3-11. I denne forbindelse mener departementet, i likhet med Konkurransetilsynet, at det verken

¹⁶ Se blant annet Bishop og Walter, "The Economics of EC Competition law" s. 288 flg.

kan utledes av ordlyden i krrl. § 3-11 eller forarbeidene til denne bestemmelsen at det stilles strengere krav til sannsynliggjøring av skadelige virkninger ved vertikale erverv enn i horisontale, slik som klager synes å mene. Departementet slutter seg videre til tilsynets vurdering av at et slikt krav til sannsynliggjøring heller ikke kan utledes av den anførte avgjørelsen fra Førsteinstansdomstolen i sak T-5/02 *Tetra Laval mot Kommisjonen*. Følgelig gir heller ikke EU/EØS-retten støtte for den tolkning som klager legger til grunn.

Videre vil departementet tilbakevise påstanden fra klager om at Konkurransetilsynet må sannsynliggjøre at det vertikale ervervet vil etterfølges av en konkurranseskadelig atferd som fører til en vesentlig begrensning i konkurransen, som gir selvstendig grunnlag for inngrep etter krrl. § 3-10.

Departementet vil understreke at krrl. § 3-11 er begrunnet i behovet for å gripe inn mot et erverv for å forhindre endringer i markedsstrukturer som legger til rette for utøvelse av markedsrett, enkeltvis eller kollektivt. Følgelig må også tilsynet kunne gripe inn mot strukturendringer på grunn av potensielle konkurransemessige virkninger av rasjonell økonomisk opptreden. Det kan således ikke stilles krav om at Konkurransetilsynet først må bevise at en foretakssammenslutning vil medføre misbruk av dominerende stilling, før det kan gripe inn i saker som dette. Det må være tilstrekkelig at tilsynet sannsynliggjør at ervervet fører til eller forsterker en vesentlig begrensning i konkurransen.

Departementet vil også tilbakevise klagers anførsel om at Konkurransetilsynet ved vurderingen av bedriftservervets virkninger ikke har tatt hensyn til fremførte forslag til avhjelpende tiltak. Tilsynet har foretatt en slik vurdering før vedtaket ble fattet, men har i motsetning til klager kommet til at disse ikke vil kunne avbøte de konkurransemessige skadevirkningene som ervervet vil kunne føre til. Når det gjelder departementets vurdering av de foreslåtte avhjelpende tiltak, vises det til omtalen i punkt 5.

4. ERVERVETS KONKURRANSEMESSIGE VIRKNINGER

4.1 Innledning

Departementet vil innledningsvis i dette punktet presisere at selv om Konkurransetilsynets vedtak om å forby ervervet av Norgesmøllene er rettet mot C.A. Thoresen AS og Stormøllen AS som heleide datterselskaper av FKØV, legger departementet til grunn at ervervets konkurransemessige virkninger må vurderes i forhold til FKØVs markedsposisjon. Dette skyldes at FKØV som morselskap oppnår faktisk kontroll i Norgesmøllene gjennom sine heleide datterselskaper C.A. Thoresen AS og Stormøllen AS. Sistnevnte er også reflektert i Konkurransetilsynets rettede vedtak av 1. oktober 2003 punkt 1 til 3.

4.2 Kornhandel

4.2.1 Klager

Klager anfører at det er tatt et feil utgangspunkt i beskrivelsen av verdikjeden, og hevder at skillet mellom kornkjøp knyttet til førstehåndsomsetning av korn (kjøp direkte fra kornprodusent) og kjøp fra andre mottaksanlegg er kunstig. Etter omleggingen av markedsordningen for korn mener klager at det i realiteten er konkurranse om leveranse av korn mellom mottaksanlegg, kornhandlere og sluttbrukere, slik at første- og annenhåndsomsetningen må vurderes som et samlet produktmarked. Klager anfører også at

tilsynet fokuserer på roller og bransjens beskrivelse av aktørenes aktiviteter, fremfor å se på hvordan kjøpere av matkorn og fôrkorn kan få tilfredsstilt sine behov.

Klager mener at tilsynet ikke tar i betraktning betydningen av importkorn som kilde til å dekke etterspørselen i markedet. Klager viser blant annet til at det hvert år auksjoneres ut kvoter tilsvarende minimum 30-40 prosent av samlet råvareforbruk, og at kornhandlerne er utsatt for potensiell importkonkurranse. Klager hevder derfor at det relevante markedet for kornhandel har en geografisk utstrekning som er større enn Norge.

Etter klagers oppfatning opererer også bygdemøllene i kornhandelsmarkedet, slik at antall aktører i markedet dermed omfatter 40-50 lokale bygdemøller og kornmottak. På denne bakgrunn mener klager at det er lagt til grunn for høye markedsandeler for FKØV i kornhandelsmarkedet. Videre anføres det at Konkurransetilsynets definisjon av kornhandelsmarkedet i vedtaket tilsier at leveranser av korn internt i selskapet som går til FKØVs egen kraftfôrproduksjon bør trekkes ut når FKØVs markedsandel skal beregnes.

Klager bestrider at konkurransen i kornhandelsmarkedet var vesentlig begrenset før ervervet. Klager mener at etableringsmulighetene er gode, og at omfanget av direkteleveranser mellom bygdemøller samt mellom bygdemøller og foredlingsindustri vil øke fremover. Klager er uenig med tilsynet i at FKØV og Unikorn før ervervet kontrollerer en overveiende del av den type infrastruktur som er nødvendig for å kunne konkurrere i kornhandelsmarkedet. Videre er klager uenig i at det ligger til rette for samforstand i kornhandelsmarkedet. Det hevdes blant annet at store forskjeller i interesser kornkjøpere og kornhandlere imellom, og gode responsmuligheter fra andre aktører i kornsektoren, reduserer faren for samforstand.

Klager legger til grunn at oppkjøpet av Norgesmøllene ikke forsterker begrensningen av konkurransen i kornhandelsmarkedet. Det vises i den forbindelse til rapport utarbeidet av ECON Analyse AS og NILF på oppdrag fra klager. Klager mener at Unikorn er den dominerende kornhandleren, og kan vanskelig se at en avvikling av Unikorns eneleverandøravtale med Norgesmøllene kan bidra til å forverre konkurransesituasjonen. Videre mener klager at tilsynet ikke har forstått hvordan Norgesmøllene vil kjøpe korn i fremtiden og at FKØVs motiv for å utøve markedsrett ikke er drøftet. Klager fremhever at FKØVs rolle i kornsektoren etter oppkjøpet av Norgesmøllene i prinsippet blir tilsvarende Cermaqs posisjon tidligere, og at Konkurransetilsynet ikke har sannsynliggjort at konkurransebegrensningene vil øke som følge av eierskiftet i Norgesmøllene. Klager anfører også at Konkurransetilsynet ikke har vurdert situasjonen med eventuell ensidig markedsrett etter ervervet opp mot situasjonen med mulighet for samforstand før ervervet. Klager mener på denne bakgrunn at tilsynet ikke har vist at det skjer en forsterkning av en vesentlig konkurransebegrensning.

Klager anfører i brev av 12. februar 2004 til departementet at det har skjedd en rekke strukturelle endringer i markedet for kornhandel etter at Konkurransetilsynet fattet sitt vedtak. Blant annet har det blitt dannet nye allianser mellom aktører som disponerer både kornmottak og transittanlegg ved sjøen, samt at Nordisk Korn har utvidet sin aktivitet på Østlandet ytterligere. I følge klager bekrefter dette at etableringsmulighetene i markedet er gode.

4.2.2 Konkurransetilsynet

Konkurransetilsynet viser til beskrivelsen av verdikjeden for korn og markedsavgrensningen i vedtaket, og fastholder skillet mellom første- og annenhåndsomsetning av korn. Tilsynet

fremhever at kjøp av korn og tilhørende logistikk- og distribusjonstjenester fra kornhandlere (annenhåndsomsetning) ikke kan erstattes med kjøp av korn direkte fra kornprodusent eller overskuddskorn fra kornmottak (førstehåndsomsetning). Tilsynet mener at kundene må foreta betydelige investeringer i anlegg og etablere kompetanse på distribusjon og logistikk for at de skal kunne kjøpe korn direkte fra bonden. Alternativt må bonden eller mottaksanlegget (f.eks. bygdemøllen) foreta slike investeringer. Etter tilsynets oppfatning har verken kunden, kornprodusentene eller de små lokale bygdemøllene per i dag den type infrastruktur som er nødvendig for å håndtere og transportere kornvolum av betydning effektivt over store geografiske avstander. Tilsynet fastholder på denne bakgrunn at videresalg av korn med tilhørende tjenester utgjør et separat produktmarked i saken.

Konkurransetilsynet viser til at det er en sentral landbrukspolitisk målsetting å sikre avsetningen av norskprodusert korn, og at dette oppnås gjennom et såkalt tollbasert importvern med tollkvoter. Til nedsatt tollsats åpnes det kun for import av så mye korn som er nødvendig for å dekke restetterspørselen på foredlingsleddet *etter* at det norske kornet er avsatt, slik at man oppnår markedsbalanse i kornsektoren. Etter tilsynets oppfatning innebærer dette at norske kornprodusenter er skjermet mot konkurranse fra kornprodusenter i utlandet, og opprettholder derfor konklusjonen om at kornhandelsmarkedet er nasjonalt.

Tilsynet viser til at bygdemøllene selger sitt eventuelle overskuddskorn til FKØV, Unikorn og Nordisk Korn, som tar seg av videresalget til foredlingsindustrien. Selv om det foregår enkelte direkteleveranser fra noen bygdemøller til foredlingsleddet, mener tilsynet at dette ikke er tilstrekkelig til at bygdemøllene kan sies å konkurrere i kornhandelsmarkedet på landsbasis. Konkurransetilsynet fastholder derfor at kun FKØV, Unikorn og Nordisk Korn anses som konkurrenter i markedet for videresalg av korn.

Tilsynet påpeker at det har vært vanskelig å beregne markedsandeler i kornhandelsmarkedet, og viser til at det i vedtaket er tatt forbehold om at det er usikkerhet knyttet til beregningene. Etter tilsynets oppfatning er det fra et samfunnsøkonomisk synspunkt mest korrekt å inkludere interne leveranser i beregningsgrunnlaget for markedsandelene. Dette begrunnes med at leverandører som ikke er vertikalt integrerte kan være påvirket av atferden til integrerte leverandører, selv om uavhengige avtakere ikke har mulighet til å henvende seg til de integrerte leverandørene som en alternativ forretningsmulighet. Tilsynet viser også til at det foregår salg av korn mellom integrerte leverandører og uavhengige kunder. Tilsynet mener derfor at det er naturlig å inkludere interne leveranser i beregningen av markedsandeler, siden eksterne leveranser i praksis viser seg å fungere som et alternativ til interne leveranser.

Konkurransetilsynet påpeker at det både før og etter gjennomføringen av ervervet kun er tre aktører som konkurrerer i dette markedet, og at markedet dermed er sterkt konsentrert. Tilsynet viser også til at det er redegjort for betydningen av at det er kommet til en ny aktør ved Nordisk Kornsinntreden i markedet i 2002, og at det har bidratt til å bedre konkurransesituasjonen noe. Tilsynet fastholder at etableringshindringene i markedet er høye, hovedsakelig på grunn av overkapasitet på kapitalkrevende havneanlegg, siloplass mv. i de fleste områder i Norge. Denne infrastrukturen kontrolleres også i stor grad av FKØV og Unikorn, både gjennom eierskap og leieavtaler. Tilsynet kan ikke se at lagringsplass på den enkelte kornprodusents gård kan erstatte den infrastruktur som en kornhandler er avhengig av for å bygge opp et effektivt og konkurransedyktig landsdekkende logistikk- og distribusjonssystem. I oversendelsesbrevet opprettholder tilsynet vurderingen i vedtaket om at overkapasitet på viktig infrastruktur utgjør en etableringsbarriere som virker avskrekkende på

nyetablering av kornhandlere og at konkurransen i markedet er vesentlig begrenset før ervervet.

Tilsynet viser til drøftingen i vedtaket om potensialet for samforstand i kornhandelsmarkedet, og fremhever at markedet er konsentrert, gjennomsliktig og at konkurrentene har dårlige responsmuligheter på utøvelse av kollektiv markedsrett. I tillegg peker tilsynet på at det er nødvendig for å opprettholde en samforstand at det foreligger en form for troverdig straffemekanisme overfor deltagere som avviker fra samforstanden. Tilsynet er enige i at redegjørelsen for kollektiv markedsrett i vedtakets punkt 8.1.1 kunne vært mer presis. Tilsynet påpeker i oversendelsesbrevet at det burde vært sagt uttrykkelig at også den overkapasitet de dominerende aktørene FKØV og Unikorn har, vil være en troverdig straffemekanisme som kan støtte oppunder en eventuell samforstand. Ellers fastholder tilsynet at begrensede responsmuligheter fra konkurrenter utenfor en eventuell samforstand – i dette tilfellet Nordisk Korn – bidrar til å gjøre en eventuell samforstand mer stabil og lønnsom. Tilsynet har argumentert for at Nordisk Korn mangler slik responsmulighet grunnet begrenset tilgang på korn. Tilsynet er derfor ikke enig med klager i at andre aktører i kornsektoren har responsmuligheter som vil kunne forhindre samforstand i markedet for kornhandel.

Tilsynet viser til at det i vedtaket har pekt på flere forhold som bidrar til å gjøre kornhandelsmarkedet gjennomsliktig, og som dermed gjør det enklere for deltagerne i en eventuell samforstand å overvåke hverandre. Herunder har tilsynet lagt vekt på at korn er et homogent produkt, at FKØV og Unikorn har samarbeidsavtaler om å forsyne/utveksle matkorn og fôrkorn seg imellom – noe som gir aktørene innsikt i hverandres forretningsbetingelser – og at det fortløpende publiseres markedsinformasjon, herunder produsentpriser på korn notert i markedet ved FKØVs transittanlegg ved Oslofjorden. Tilsynet påpeker at det på denne bakgrunn ikke bare er markedsregulators offentliggjøring av noteringspriser som er forklaringen bak tilsynets konklusjon om at markedet er gjennomsliktig.

Konkurransetilsynet kan ikke se at klager har kommet med nye opplysninger om markedene som gir grunn til å endre vurderinger og konklusjonen i vedtaket om at konkurransen var vesentlig begrenset i kornhandelsmarkedet før ervervet, og at markedet har flere egenskaper som tilsier at det ligger til rette for utøvelse av kollektiv markedsrett.

Konkurransetilsynet legger til grunn at FKØV vil overta som eneleverandør av matkorn til Norgesmøllene etter at avtalen med Unikorn utløper, og at dette etter all sannsynlighet vil gi FKØV økte markedsandeler på kornhandelsleddet. Tilsynet mener dette gir selskapet økt mulighet til å utøve markedsrett ensidig, eksempelvis overfor kunder på foredlingsleddet og overfor bygdemøller som leverer overskuddskorn. Etter gjennomføringen av ervervet vil kornhandleren FKØV og matmelprodusenten Norgesmøllene tilhøre samme konsern. I en slik situasjon mener tilsynet det er sannsynlig at FKØV og Norgesmøllene vil opptre samlet, og i fellesskap vil søke å maksimere bedriftenes samlede overskudd. Det vil være mindre viktig på *hvilket* ledd i markedet overskudd realiseres. Tilsynet fremhever at det i vedtaket er tatt hensyn til at Norgesmøllene og Unikorn var en del av samme konsern før ervervet gjennom Cermaqs eierandel på 66 prosent av aksjene i Unikorn og 60 prosent av aksjene i Norgesmøllene. Etter tilsynets oppfatning har imidlertid FKØV en betraktelig sterkere markedsposisjon i kornsektoren etter ervervet av Norgesmøllene, enn det Cermaq hadde som eier av selskapet.

Konkurransetilsynet konkluderer på bakgrunn av dette med at FKØV gjennom oppkjøpet får økt mulighet til å utøve markedsrett ensidig, og at ervervet derfor ytterligere begrenser konkurransen i dette markedet.

Konkurransetilsynet har for øvrig kommentert klagers anførsler som er fremsatt etter at departementet mottok klagen. Tilsynet påpeker at strukturelle endringer mellom bygdemøller først og fremst har betydning for deres kraftforvirksomhet, ettersom bygdemøllene ikke opererer i markedet for kornhandel. Videre fremhever tilsynet at det før vedtakstidspunktet var kjent med Nordisk Korn utvidelse på Østlandet, men at opplysningene var unntatt fra partsinnsyn.

4.2.3 Departementets vurdering

Markedsavgrensning

Konkurransetilsynet foretar et skille mellom første- og annenhåndsomsetningen av korn. I førstehåndsomsetningens første ledd selges kornet fra produsent til kornkjøper. Kornet leveres da til mottaksanlegg som disponeres enten av kornhandlere eller av lokale bygdemøller, som begge kan opptre som kornkjøpere. Kornkjøperen mottar, tørker og lagrer kornet. I førstehåndsomsetningens andre ledd overdras kornet fra kornkjøperen til kornhandlere. På dette leddet foregår bygdemøllenes salg av overskuddskorn til kornhandlerne. Kornhandlerens rolle er primært å drive distribusjon og videresalg av førkorn og matkorn til kraftforprodusenter og matmellemøller.

Hvilke tjenester som inngår i distribusjon av korn avhenger blant annet av hvem som opptre som kornkjøper og hvilken transportmåte som benyttes. I de tilfeller der kornhandler kjøper kornet fra eksterne kornkjøpere, fraktes kornet først til eget mottaksanlegg. Deretter transporteres kornet til silo i tilknytning til kornforedlerens produksjonsanlegg. For korn som transporteres via sjø er det i tillegg nødvendig med tilgang til havneanlegg for utskiping og mottak. Kornhandlerens oppgaver vil derfor variere mellom ulike leveranser.

Departementet støtter tilsynets beskrivelse av verdikjeden, og legger til grunn at det foregår ulik virksomhet innen kornkjøp og kornhandel. Hvorvidt kornkjøp og kornhandel utgjør separate produktmarkeder, avhenger av etterspørernes substitusjonsmuligheter. Dersom etterspørerne, i dette tilfellet matmel- og kraftforprodusentene, kan kjøpe korn direkte fra kornkjøperne uten at anskaffelseskostnadene øker vesentlig, er det naturlig å betrakte kornkjøp og kornhandel som et samlet produktmarked.

Som følge av endringene i markedsordningen for korn i 2001, kan etterspørerne i utgangspunktet velge å kjøpe korn fra kornprodusent, kornmottak eller kornhandler. Dette valget avhenger blant annet av kornvolum, lagringskapasitet og geografisk plassering. Størrelsen på etterspurt kvantum og lagringskapasitet vil ha betydning for hvilke aktører som kan levere tilstrekkelig mengde korn. Videre vil geografisk plassering av kornmottak og produksjonsanlegg bestemme transportbehovet, herunder hvilken transportmåte som er hensiktsmessig. Aktørene på foredlingsleddet vil derfor i ulik grad ha behov for kornhandlerens tjenester. Dersom kornforedleren er lokalisert i nærheten av kornprodusent eller kornmottak, vil det kunne være mulig å omgå kornhandelsleddet for å sikre tilgang til korn. Dette forutsetter imidlertid at enten kjøper eller selger har tilstrekkelig lagringskapasitet, samt at det etableres effektive transportsystemer for større kornleveranser.

Ovennevnte innebærer at det i noen grad finnes substitusjonsmuligheter for etterspørerne av korn. Imidlertid er det slik at store deler av kornleveransene forutsetter transporterung fra overskuddsområder til underskuddsområder. Videre fremgår det av Konkurransetilsynets vedtak at det per i dag er lite korn som omsettes fra produsent eller kornmottak direkte til foredlingsleddet. Dette indikerer at de tjenester som kornhandlere tilbyr er nødvendig for at etterspørerne skal kunne sikre tilstrekkelig tilgang på korn. Selv om det i en del tilfeller kan ligge til rette for direkte leveranser fra enten kornprodusent eller kornkjøper, mener departementet at omfanget av leveranser via kornhandelsleddet tilsier at videresalg av korn med tilhørende tjenester utgjør et eget produktmarked.

Markedets geografiske utstrekning avhenger i første rekke av kostnadene knyttet til transport av korn og hvilke importreguleringer som eksisterer. De statlige frakttilskuddsordningene har til hensikt å utjevne regionale prisforskjeller til mel- og kraftfôrindustrien og å sørge for en omfordeling av korn fra overskuddsområder til underskuddsområder. Dette bidrar til å redusere betydningen av lokalisering og øke markedets geografiske utstrekning. Selv om tilskuddsordningene ikke i alle tilfeller kompenserer transportkostnadene fullt ut, er det rimelig å legge til grunn at markedet minimum er nasjonalt. Import av korn er regulert gjennom et system med tollbasert importvern og tollkvoter. Klager anfører at kornhandlerne er utsatt for importkonkurranse som følge av at norsk kornproduksjon ikke er tilstrekkelig til å dekke etterspørselen i markedet. Tilsynet påpeker at import til nedsatt tollsats først er mulig etter at det norske kornet er avsatt. Videre opplyser Statens Landbruksforvaltning (SLF) at det i realiteten ikke importeres korn til ordinære tollsatser. Departementet legger derfor til grunn at import av korn ikke er substituerbart med korn produsert i Norge, og er enig i Konkurransetilsynets konklusjon om at markedet for kornhandel er nasjonalt.

Markedskonsentrasjon

Når det gjelder klagers anførsel om at bygdemøllene bør inkluderes i markedet for kornhandel, viser departementet til tilsynets vurderinger. Bygdemøllene selger i all hovedsak sitt overskuddskorn til kornhandlere som distribuerer og videreselger kornet til foredlingsindustrien. Som nevnt innledningsvis ligger det i noen tilfeller til rette for direkteleveranser mellom kornmottak og matmel- og kraftfôrprodusenter. Dette gjelder for eksempel bygdemøllenes egne leveranser av fôrkorn, ettersom produksjonsanleggene ligger i tilknytning til kornmottakene. For bygdemøllenes overskuddskorn er det imidlertid i all hovedsak nødvendig med tilgang til kornhandlernes ressurser og tjenester. Det følger således av markedsavgrensningen at bygdemøllene ikke opptrer i kornhandelsmarkedet, og at deres internleveranser ikke bør inngå i beregningen av markedsandeler.

Klager anfører at interne leveranser i FK-systemet ikke bør inkluderes i grunnlaget for beregning av markedsandeler. Departementets oppfatning er at markedsavgrensningen av kornhandel tilsier at også interne leveranser bør omfattes. Konkurransetilsynet viser til at det foregår salg av korn mellom vertikalt integrerte aktører og uavhengige kunder. Dette illustrerer at eksterne leveranser i realiteten er et alternativ til interne leveranser. Grunnlaget for beregning av markedsandeler blir dermed total mengde korn omsatt fra kornhandelsleddet til matmel- og kraftfôrprodusentene.

Tilsynet påpeker i vedtaket at aktørene har hatt problemer med å beregne markedsandeler, og at de oppgitte tallene undervurderer kornhandlernes reelle markedsandeler. Departementet tar ikke stilling til tilsynets konkrete beregninger i detalj, men mener at det uansett er grunnlag

for å hevde at markedskonsentrasjonen er sterk. Dette skyldes at markedet preges av to store og rimelig jevnbyrdige aktører, samt en mindre aktør som nylig er etablert.

Konkurransesituasjon før ervervet

For å være konkurransedyktig i markedet for kornhandel, er tilgang til og avsetning for korn avgjørende. Dette forutsetter i første rekke tilgang til korn gjennom mottaksanlegg og avtaler med foredlingsindustrien om levering av korn. Videre er det nødvendig å etablere systemer for transport over lengre avstander, enten via sjø eller land. Dette krever tilgang til viktige ressurser som siloer og havneanlegg.

Klager anfører at etableringsmulighetene i markedet for kornhandel er gode. Etter departementets oppfatning er det flere forhold som begrenser nye aktørers muligheter til å etablere kornhandelsvirksomhet. Dette skyldes først og fremst at kornsektoren er preget av omfattende vertikale forbindelser mellom de ulike ledd i verdikjeden. Som følge av at kornhandlerne også opptrer som kornkjøpere, kontrollerer de store deler av kornvolumet som leveres til mottaksanleggene. Unntaket er bygdemøllenes overskuddskorn som selges videre fra egne mottaksanlegg til kornhandlernes anlegg. Dette utgjør etter Konkurransetilsynets beregninger kun om lag (...) ¹⁷ av samlet kornproduksjon. Kontroll over mottaksanlegg er derfor en langt viktigere kilde til kornleveranser enn overskuddskorn fra bygdemøllene, og utgjør på denne bakgrunn en etableringshindring for eventuelle nye aktører.

Videre innebærer vertikale forbindelser til foredlingsindustrien at viktige avsetningskanaler allerede er blokkert av de kornhandlerne som opererer i markedet. Unikorn er eneleverandør av matkorn til Norgesmøllene, samtidig som Cerealia har inngått en hovedleverandøravtale med Nordisk Korn om levering av matkorn. FK-gruppen dekker store deler av behovet for fôrkorn gjennom leveranser internt i systemet, og Fiskå Mølle har tilgang til det fôrkornet som Nordisk Korn kontrollerer. Bygdemøllene er i hovedsak selvforsynt med fôrkorn, men selger overskuddskornet videre til kornhandlerne. Omfanget av langsiktige leveringsavtaler og vertikale bindinger innebærer at nye aktører ikke er sikret avsetning i samme grad som etablerte aktører.

Departementet har under markedsavgrensingen fastslått at tilgang til siloer og havneanlegg er nødvendige ressurser for den virksomheten som inngår i kornhandel.

Konkurransetilsynet påpeker at overkapasitet på slike anlegg representerer en betydelig etableringshindring, og at dette forsterkes ved at FKØV og Unikorn i stor grad kontrollerer anleggene gjennom eierskap og leieavtaler. Samtidig anses det som lite aktuelt for eventuelle nye aktører å bygge nye anlegg. Departementet er enig i dette og legger til grunn at dette bidrar til å redusere mulighetene til å etablere seg som landsdekkende kornhandler i konkurranse med eksisterende aktører.

Departementet er under visse forutsetninger enig med klager i at omfanget av direkteleveranser til aktører på foredlingsleddet på sikt kan øke. Som nevnt under markedsavgrensingen, er det flere forhold som bidrar til at omfanget av slike leveranser per i dag er beskjedent, blant annet geografisk plassering, kornvolum, lagringskapasitet og transportmåte. Det kan i denne sammenhengen anføres at en del av kornet som kornhandlerne distribuerer, ikke krever tilgang til alle de tjenester som tilbys. Eksempelvis fraktes en betydelig del av kornet på land, og for disse leveransene er tilgang til havneanlegg uten

¹⁷ Opplysning unntatt offentlighet jf. offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2.

betydning. Dette innebærer at mulighetene for å omgå kornhandlerne sannsynligvis er større for noen typer leveranser. Videre vil det for små leveranser over korte avstander normalt være enklere å etablere uavhengige distribusjonskanaler, eksempelvis ved å frakte kornet direkte fra kornprodusent til kornforedler. Etter departementets oppfatning kan derfor muligheten for direkte leveranser virke disiplinerende overfor kornhandlere i lokale områder. Likevel er det for store deler av kornleveransene nødvendig med tilgang til ressurser som i dag kontrolleres av eksisterende aktører, det vil si kornmottak, havneanlegg mv. Dette tilsier at etableringsmulighetene for nye aktører samlet sett er begrensede.

Departementet støtter Konkurransetilsynets vurderinger av konkurranseforholdene mellom eksisterende aktører. Markedet er preget av to dominerende kornhandlere med sterke forbindelser til aktører på foredlingsleddet. Leveransemønsteret er i større grad preget av eierforhold og langsiktige avtaler enn reell konkurranse om de store avtakerne i matmel- og kraftfôrmarkedet. Nordisk Korn etablering har bidratt til å øke konkurransen i enkelte områder, og gjennom dette løst opp deler av leveringsmønsteret til foredlingsindustrien. Nordisk Korn leveringsavtaler med Cerealia og Fiskå Mølle er eksempler på dette. Nordisk Korn har likevel en begrenset posisjon i markedet som følge av begrenset tilgang på korn. Selskapet opplyser selv at dette svekker muligheten til å etablere seg i nye områder.

Etter departementets oppfatning har tilsynet også i tilstrekkelig grad sannsynliggjort at det ligger til rette for samforstand i markedet for kornhandel. Dette skyldes i hovedsak stor grad av gjennomsiktighet, betydelig overkapasitet og begrensede responsmuligheter fra andre aktører. Det henvises til Konkurransetilsynets vedtak og oversendelsesbrev for nærmere redegjørelse.

På bakgrunn av ovennevnte er departementet enig i tilsynets konklusjon om at konkurransen i kornhandelsmarkedet er vesentlig begrenset før ervervet, og at det ligger til rette for utøvelse av kollektiv markedsrett.

Konkurransemessige virkninger av ervervet

I følge klager er et viktig motiv for ervervet at det sikrer avsetningsmulighetene for matkorn. FKØV har per i dag ikke tilstrekkelig tilgang på matkorn til å dekke Norgesmøllenes samlede behov. Departementet antar i likhet med Konkurransetilsynet at FKØV vil overta som eneleverandør av matkorn til Norgesmøllene etter at leveringsavtalen med Unikorn utløper. Dette forutsetter økt tilgang på matkorn, enten ved kjøp fra kornprodusent, bygdemøller eller andre kornhandlere. Den direkte effekten av ervervet er således at FKØV styrker sin markedsposisjon innen kornhandel. Samtidig vil Unikorns posisjon i markedet svekkes gjennom reduserte markedsandeler. Lavere volum vil ytterligere kunne bidra til å redusere Unikorns konkurransekraft ettersom det er knyttet stordriftsfordeler til distribusjon av korn. Som følge av at Bygdemøllenes Investeringselskap har overtatt aksjemajoriteten i Unikorn, er det grunn til å tro at Unikorn vil fortsette som kornhandler, særlig når det gjelder distribusjon av fôrkorn. Ovennevnte legger imidlertid til rette for at Nordisk Korn kan ekspandere, og på sikt bli eneleverandør av korn til Cerealia og Fiskå Mølle. Ervervet vil i så fall føre til at FKØV, eventuelt i samforstand med Nordisk Korn, oppnår kontroll i markedet, og gjennom dette kan utøve markedsrett overfor bygdemøller og aktører på foredlingsleddet.

Klager anfører at det foregår en rekke strukturelle endringer i kornsektoren som bidrar til å skjerpe konkurransen i markedet for kornhandel. Blant annet vises det til nye allianser mellom uavhengige bygdemøller, og at Bygdemøllenes Investeringselskap har overtatt

aksjemajoriteten i Unikorn. Departementet er enig at ovennevnte i noen grad kan bidra til å styrke bygdemøllenes posisjon i kornsektoren. Departementet mener imidlertid at endringene ikke er tilstrekkelige til å motvirke markedsdominans på kornhandelsleddet. Dette skyldes først og fremst at en rekke av endringene omfatter bygdemøller som ikke opererer i markedet for kornhandel. Videre vil kornhandlernes avsetningsmuligheter på foredlingsleddet i stor grad avgjøre forhandlingsposisjonen overfor bygdemøllene. I så måte bidrar ervervet både direkte og indirekte til at kornhandlernes posisjon styrkes.

Departementet legger også til grunn at FKØVs erverv av Norgesmøllene vil svekke den potensielle konkurransen i markedet for kornhandel ved at den største avtakeren av matkorn bindes opp gjennom vertikal integrasjon. Eierskap utgjør en sterkere binding enn den leveringsavtalen Unikorn har hatt med Norgesmøllene, og vil således virke avskrekkende på eventuelle nykommere. Dette bidrar til å styrke eksisterende kornhandleres posisjon ytterligere.

Ervervet vil gi FKØV tilgang til infrastruktur som Norgesmøllene disponerer. Norgesmøllene produserer i dag matmel i Vaksdal, Skien og Buvika. Norgesmøllene eier produksjonsutstyret ved alle anleggene, men leier silo og bygninger av henholdsvis FKØV, Skiens Aktiemølle ASA og Cermaq ASA. I følge hovedavtalen mellom partene skal leieavtalene med Norgesmøllene kunne videreføres på uendrede vilkår.(...).¹⁸ Det fremgår av Konkurransetilsynets markedsundersøkelser i saken at særlig anlegget i Buvika er av stor betydning for kornleveranser til og fra Trøndelag. Ervervet kan således føre til at andre kornhandlere ikke får tilgang til anlegget, eventuelt at betingelsene svekkes slik at andre distribusjonsmåter må benyttes. Dette har særlig betydning for kraftfôrprodusenter i nærliggende områder.

Etter departementets oppfatning vil konkurransen i markedet for kornhandel svekkes ytterligere som følge av ervervet. Dette skyldes både økt markedskonsentrasjon, økte etableringshindringer, samt at ervervet gir FKØV kontroll over viktig infrastruktur. Samlet bidrar dette til at FKØV kan utøve markedsrett overfor aktører på andre ledd i verdikjeden.

4.3 Matmel

4.3.1 Klager

Klager har ingen konkrete merknader til at Konkurransetilsynet avgrenser det relevante produktmarked til produksjon, distribusjon og salg av matmel, men er ikke enig i at markedet er nasjonalt. Klager fremhever at det allerede i dag er en betydelig nordisk påvirkning av markedet, dels gjennom nordiske kjedeforhandlinger og dels gjennom import av ferdigvarer og halvfabrikata som virker disiplinerende på det norske markedet. Klager viser til at Administrasjonsdepartementet i 1996, i forbindelse med Norgesmøllenes erverv av Nordkronen, la til grunn at det relevante geografiske markedet for matmel minimum var nordisk, sett i et visst tidsperspektiv. Klager viser til at det etter vedtaket i 1996 har blitt gjennomført en rekke reduksjoner i importvernet for mel. Videre fremhever klager at de pågående WTO-forhandlingene på sikt vil resultere i en betydelig økt importkonkurranse på hele landbrukssektoren, inkludert matmel. På denne bakgrunn legger klager til grunn at markedet for matmel er nordisk, og fastslår at Norgesmøllene har en markedsandel på om lag

¹⁸ Opplysning unntatt offentlighet jf. offvl. § 5 a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2.

(...)¹⁹. Dette tilsier i følge klager at Norgesmøllene ikke har en dominerende markedsposisjon.

Klager fremhever at det uavhengig av markedets geografiske utstrekning ikke er sannsynliggjort at skifte av eierskap i Norgesmøllene gir ytterligere konkurransebegrensninger på matmelsektoren. Klager påpeker at FKØV i dag mottar vesentlig mindre matkorn enn hva som behøves i Norgesmøllene, slik at de er avhengige av tilførsler fra andre aktører. Klager fremhever også at dersom FKØVs markedsandel blir større enn eget behov, vil det utløse en generell forsyningsplikt. Dersom det skulle oppstå betydelige endringer i markedsandeler vil ikke FKØV kunne gi andre aktører dårligere betingelser enn egen foredlingsindustri. Klager viser også til at en vesentlig del av matkornforbruket er importert, om lag 50 prosent i gjennomsnitt de siste årene. Det vil derfor alltid være importkvoter og alternativ tilgang til norsk korn som sikrer konkurrenter tilstrekkelig tilgang på matkorn.

For øvrig påpeker klager at Norgesmøllenes konkurrenter i matmelmarkedet gis anledning til å integrere både horisontalt og vertikalt ellers i Norden. En vesentlig strengere fortolkning av konkurransereglene i Norge enn i våre naboland gjør det i følge klager umulig å konkurrere med øvrig nordisk industri. Klager hevder videre at oppkjøpet er nødvendig for å opprettholde Norgesmøllene som en konkurrent til Cerealia.

I brev til departementet av 12. februar 2004 viser klager til at det etter Konkurransetilsynets vedtak er avholdt ministermøte i WTO om importvernet for landbruksprodukter. Etter klagers oppfatning ble det diskutert skisser til løsninger på jordbrukssektoren som vil innebære en vesentlig sterkere importkonkurranse for matmel i løpet av de nærmeste årene.

4.3.2 Konkurransetilsynet

Konkurransetilsynet viser til at matmel omfatter flere meltyper basert på ulike kornsorter, og at det finnes en rekke ulike typer matmel. I denne saken anses likevel matmel for å være et homogent produkt. Tilsynet presiserer at etterspørrene av matmel kan inndeles i to grupper, basert på hvordan melet leveres og anvendes. I bakeri- og industriproduksjon benyttes melet industrielt, mens dagligvarekjedene omsetter melet som konsumvare. Tilsynet fremhever at ulikheter med hensyn på størrelse på emballasje og distribusjonsmetode muligens kan tilsi en inndeling i to ulike produktmarkeder, men at det ut i fra formålet i saken er mest hensiktsmessig å behandle matmel som én produktgruppe.

Konkurransetilsynet viser til Administrasjonsdepartementets overprøving av tilsynets vedtak om inngrep mot Norgesmøllenes erverv av Nordkronen, og fremhever at departementet i all hovedsak støttet tilsynets vurdering av det gjeldende importvernet, herunder at høye tollsatser på matmel kombinert med avsetningsgaranti for norskprodusert korn på kort sikt syntes å hindre faktisk og potensiell importkonkurranse i matmelmarkedet. Departementet la imidlertid til grunn, etter blant annet innspill fra Landbruksdepartementet, at matmelindustrien innen relativt kort tid ville bli utsatt for importkonkurranse på matmel. Sett i et visst tidsperspektiv ble derfor det geografiske markedet vurdert til minst å være nordisk. Tilsynet påpeker at undersøkelser i saken viser at den skisserte nedbyggingen av importvernet ikke ble gjennomført. Tilsynet viser også til at det per i dag fortsatt ikke importeres matmel til

¹⁹ Opplysning unntatt offentlighet jf. offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2.

Norge (med unntak av visse typer spesialmel), jf. tilsynets omtale under punktene 6.3.1 og 6.3.2 i vedtaket.

Konkurransetilsynet opplyser at det ble gjennomført en administrativ tollnedsettelse på matmel på 30 øre per kilo i forbindelse med jordbruksoppgjøret i 2003. Tilsynets kontakt med en rekke av matmelprodusentenes kunder, herunder de store bakeri- og dagligvarekjedene, viste at tollreduksjonen er for lav til at den vil utløse import. Det fremkom også at i tillegg til tollene på matmel er transportkostnader og fordeler ved de norske matmelprodusentenes distribusjons- og logistikksystemer forhold som trekker i retning av et nasjonalt matmelmarked. Tilsynet antar at importvernet på sikt vil bli svekket blant annet som følge av en ny WTO-avtale, men fremhever at det er betydelig usikkerhet knyttet til omfang av og tidspunkt for endringer i importvernet.

Tilsynet støtter klagers anførsel om at matmelprodusentene kan være utsatt for en viss grad av indirekte importkonkurranse gjennom økende import av bearbejdede varer som inneholder matmel (bakervarer o.l.). Etter tilsynets vurdering er imidlertid importen av bearbejdede produkter som inneholder matmel per i dag en konkurransemessig utfordring først og fremst for aktørene på leddet under matmelprodusentene i verdikjeden, det vil si bakerier og andre industrikunder. Denne importen har i følge tilsynet derfor liten eller ingen betydning for avgrensningen av matmelmarkedets geografiske utstrekning, jf. punkt 6.3.2 i vedtaket. Basert på ovennevnte opprettholder tilsynet sin vurdering av at matmelmarkedet er av nasjonal karakter, og at matmelprodusentene i Norge er skjermet mot importkonkurranse på grunn av høye tollsatser, samt transport- og distribusjonskostnader.

Vedrørende klagers anførsel om at Cerealia tillates en langt sterkere integrasjon ellers i Norden, påpeker Konkurransetilsynet blant annet at konkurranseforholdene i matmelmarkedet i Norge og Sverige ikke synes å være direkte sammenlignbare. For øvrig uttaler tilsynet at siden matmelmarkedet i denne saken avgrenses til å være nasjonalt, er det ikke grunnlag for å kommentere klagers sammenligninger av posisjonene til Norgesmøllene og Cerealia i et nordisk marked.

Konkurransetilsynet legger til grunn at matmelmarkedet er delt mellom Norgesmøllene og Cerealia, med markedsandeler på henholdsvis (...) ²⁰ og (...) ²¹. Tilsynet mener derfor at markedet for matmel er sterkt konsentrert før ervervet. Det fremheves videre at leveransmønsteret for matmel er preget av eneleverandøravtaler og langsiktige, stabile kundeforhold som har endret seg lite de siste årene. Etter tilsynets oppfatning tyder dette på at matmelprodusentene i liten grad konkurrerer aktivt seg imellom om hverandres kunder. Tilsynet viser også til at de stigende melprisene i Norge sammenlignet med andre land kan være en indikasjon på at konkurransen i markedet ikke fungerer tilfredsstillende. Konkurransetilsynet legger til grunn at det også i matmelmarkedet ligger til rette for utøvelse av kollektiv markedsrett gjennom samforstand. Dette skyldes at markedet består av to aktører med jevnt fordelte markedsandeler, at matmel er et homogent produkt og at det finnes ledig produksjonskapasitet. Tilsynet tilføyer videre at de to matmelprodusentene i 2001 ble anmeldt av Konkurransetilsynet for overtredelse av konkurranselovens bestemmelse om prissamarbeid.

²⁰ Opplysning unntatt offentlighet jf. offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2.

²¹ Opplysning unntatt offentlighet jf. offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2.

Tilsynet viser til at det sterke innslaget av eneleverandøravtaler og kjededannelser i dagligvare- og bakerimarkedet gjør at en ny aktør må ha en betydelig produksjonskapasitet og opparbeide et landsdekkende distribusjonsnett for å få innpass i markedet. Dette bidrar til å vanskeliggjøre etablering i matmelmarkedet. Tilsynet viser i den forbindelse til at samtlige aktører i dagligvare- og bakerimarkedene uttrykker at det er uaktuelt for dem å etablere egen matmelproduksjon.

Konkurransetilsynet finner at den vesentlige konkurransebegrensningen i matmelmarkedet forsterkes som følge av ervervet av Norgesmøllene. Årsaken er at oppkjøpet, kombinert med FKØVs sterke posisjon ellers i kornsektoren, fører til økte etableringshindringer i markedet og fare for utøvelse av markedsrett overfor Norgesmøllenes eneste konkurrent i matmelmarkedet. Samlet vil det medføre at Norgesmøllenes markedsrett øker og at konkurransen begrenses ytterligere.

4.3.3 Departementets vurdering

Markedsavgrensning

Den produktmessige avgrensningen av markedet tar utgangspunkt i hvilke substitusjonsmuligheter etterspørerne av matmel har. Tilsynet viser til at det finnes ulike grupper som etterspør matmel, herunder dagligvarekjedene, bakeribransjen og industrien. Ingen av gruppene er sluttbrukere av matmel, men videreselger eller benytter mel som innsatsfaktor i produksjonen. For forbrukerne vil det kunne være substitusjonsmuligheter mellom matmel og ferdige produkter, og i bakeribransjen vil halvfabrikata kunne erstatte deler av produksjonen av bakervarer. Departementet legger imidlertid til grunn at ulikhetene mellom alternativene er for store til at de kan betraktes som fullverdige substitutter. Av den grunn er departementet enig i tilsynets konklusjon om å behandle matmel som én produktgruppe.

Klager anfører at Administrasjonsdepartementet i 1996²² konkluderte med at markedet for matmel i et visst tidsperspektiv minimum var nordisk. I departementets vedtak heter det at:

”Administrasjonsdepartementet støtter i hovedsak Konkurransetilsynets vurderinger av virkningene av dagens importvern for mel. Høye tollsatser på matmel kombinert med avsetningsgaranti for norskprodusert korn, synes på kort sikt å hindre importkonkurranse, både faktisk og potensiell, i markedet for matmel... Administrasjonsdepartementet legger til grunn at de landbrukspolitiske mål innebærer at mølleindustrien innen relativt kort tid vil bli utsatt for importkonkurranse. Sett i et visst tidsperspektiv vurderer departementet derfor det relevante geografiske markedet til minimum å være Norden.”

Per i dag synes det klart at endringene i importvernet for matmel ikke har bidratt til importkonkurranse slik departementet la til grunn i ovennevnte sak. Med unntak av ulike typer spesialmel, importeres det svært lite matmel etter gjeldende tollsatser. I følge SLF var hensikten med den administrative tollnedsettelsen i 2003 først og fremst å redusere de norske matmelprodusentenes priser. Konkurransetilsynet undersøkelser overfor norske bakeri- og dagligvarekjeder viser at tollreduksjonen er for lav til at den vil utløse import. Dette skyldes i

²² Norgesmøllene DAs erverv av Nordkronen AS.

tillegg til råvarepris og tollsats at det vil påløpe distribusjonskostnader ved import av mel til Norge.

På lengre sikt er det naturlig å anta at reduksjoner i tollsatsene vil føre til at matmelindustrien i større grad utsettes for importkonkurranse. Klager viser i den forbindelse til de pågående WTO-forhandlingene og forslag til reduksjoner i tollsatsene på landbruksvarer som ble diskutert på ministermøte etter at Konkurransetilsynets vedtak ble fattet. Departementet antar at klager viser til ministermøtet som ble avholdt i Cancun i september 2003. Målet for konferansen var å komme frem til en felles ministererklæring om slutføring av forhandlingene. Møtet ble imidlertid avsluttet uten at det var mulig å komme frem til enighet om en slik erklæring, blant annet på grunn av brudd i forhandlingene om jordbruk. Det er per i dag høyst usikkert om forhandlingene kan avsluttes som planlagt innen utgangen av 2004. Følgelig er det også uklart når en eventuell implementering kan iverksettes. Departementet legger derfor til grunn at gjeldende importvern vil opprettholdes også de nærmeste årene.

Klager hevder videre at det allerede i dag er en betydelig nordisk påvirkning av markedet, dels gjennom nordiske kjedeforhandlinger og dels gjennom import av halvfabrikata og ferdigvarer som virker disiplinerende på det norske markedet. Departementet er enig i at sterke kjøpegrupper begrenser produsentenes handlingsfrihet i det norske markedet. Det er imidlertid ikke slik at dette uten videre fører til at markedet er større enn nasjonalt. Som nevnt innebærer gjeldende importvern at det ikke er lønnsomt å importere matmel i stedet for å kjøpe det fra norske produsenter. Dette gjelder også for de ulike dagligvarekjedene, selv om disse er etablert i øvrige nordiske land. I likhet med Konkurransetilsynet mener departementet at import av halvfabrikata og ferdigvarer først og fremst har betydning for matmelprodusentenes kunder, og tilhører derfor ikke det relevante markedet i saken. Import av slike produkter kan likevel ha betydning for konkurransesituasjon i markedet, og vil derfor bli vurdert under konkurranseanalysen.

Departementet legger til grunn at direkte import av matmel per i dag ikke kan erstatte kjøp av norsk matmel, og slutter seg til tilsynets konklusjon om at markedets geografiske utstrekning er nasjonalt.

Konkurransesituasjonen før ervervet

Det følger av markedsavgrensingen at markedet for matmel består av to aktører med noenlunde likeverdige markedsandeler. Cerealia har en sterkere posisjon overfor næringsmiddelindustrien, mens Norgesmøllene har større markedsandel i dagligvaremarkedet. Tilsynet påpeker at også matmelmarkedet er preget av langsiktige leveringsavtaler og stabile kundeforhold, noe som bidrar til å redusere konkurransetrykket mellom de to konkurrentene. SLF har i rapport fra 2003²³ vurdert kostnader og priser for matmel. Det fremgår av undersøkelsene at norske melpriser har steget de senere år, til tross for lavere priser på korn og sterk rasjonalisering gjennom nedleggelse av møller. Undersøkelsene viste også at norske matmelprodusenter har betydelig høyere prispåslag enn blant annet svenske produsenter, selv når det korrigeres for nasjonale forhold. SLF fant også at de faktiske prisene på norsk matmel avviker sterkt fra listepriene på grunn av omfattende rabattsystemer. Samlet indikerer dette at konkurransen i matmelmarkedet er begrenset.

Departementet er enig med klager at det er flere forhold som indirekte påvirker konkurransen i markedet. Økt konsentrasjon og kjededannelser i dagligvaremarkedet har bidratt til å styrke

²³ Rapport av 2. mai 2003 – Vurdering av kostnader og priser i varekjeden for matkorn og matmel.

etterspørrernes forhandlingsmakt overfor matmelprodusentene. Den økende importen av bearbeidede produkter som inneholder matmel, herunder halvfabrikata og ferdigvarer, påvirker også produsentenes markedsposisjon. Dersom prisen på alternative produkter blir tilstrekkelig lav, vil dette gå utover etterspørselen på matmel. Det følger imidlertid av den produktmessige markedsavgrensningen at substitusjonsmulighetene mellom matmel og bearbeidede produkter er for små til at varene tilhører samme marked. Følgelig vil effekten av indirekte konkurranse gjennom import av bearbeidede produkter være begrenset. SLF opplyser også at forbruket av norskprodusert mel har vært rimelig stabilt selv om den indirekte importen har økt merkbart. Dette skyldes at den samlede etterspørselen etter melbaserte produkter har økt.

På bakgrunn av ovennevnte støtter departementet Konkurransetilsynets vurdering av at konkurransen i markedet for produksjon, distribusjon og videresalg av matmel er vesentlig begrenset før ervervet.

Konkurransemessige virkninger av ervervet

Som nevnt anser departementet det som sannsynlig at FKØV vil overta som eneleverandør av matkorn til Norgesmøllene etter at gjeldende leveringsavtale med Unikorn utløper. Dette medfører at FKØV får kontroll over deler av matkornet som andre kornhandlere distribuerer i dag, og gjennom dette styrker sin posisjon i kornhandelsmarkedet ytterligere.

Konkurransetilsynet antar på denne bakgrunn at FKØV kan utøve markedsrett overfor Cerealia ved å ta høyere priser for matkorn, eventuelt tilby dårligere leveringsbetingelser på andre måter.

Etter departementets oppfatning forutsetter ovennevnte at Cerealia er avhengig av kornleveranser fra FKØV også etter ervervet. Som klager anfører, har FKØV per i dag ikke tilstrekkelig tilgang på matkorn til å dekke Norgesmøllenes behov. FKØV må derfor øke tilgangen på matkorn for å bli eneleverandør til Norgesmøllene. I et slikt perspektiv er det naturlig å legge til grunn at FKØVs leveranser til Cerealia vil opphøre. Alternativt må FKØV kontrollere et større volum av matkorn enn det eget behov i Norgesmøllene tilsier. Sistnevnte kan inntreffe dersom det ikke finnes alternative leverandører til Cerealia, eller dersom FKØV oppnår kontroll over leveransene i konkurranse med andre leverandører. Under analysen av konkurransemessige virkninger i markedet for kornhandel fremhevet departementet at ervervet på sikt vil kunne legge til rette for at Nordisk Korn blir eneleverandør av matkorn til Cerealia. Begrunnelsen for dette var at Unikorns posisjon i markedet vil bli svekket, både som følge av at leveransene til Norgesmøllene bortfaller og på grunn av reduserte stordriftsfordeler. Dette taler for at Cerealia vil ha alternative leverandører av matkorn, også i en situasjon der Nordisk Korn ekspansjon blir mindre omfattende enn forutsatt. Samtidig er det uklart hvilke insentiver FKØV skulle ha til å konkurrere med andre kornhandlere om leveranser av matkorn til Cerealia. På bakgrunn av dette legger departementet til grunn at andre kornhandlere enn FKØV vil kunne sikre Cerealia tilgang på norsk matkorn etter at Unikorns leveringsavtale med Norgesmøllene opphører.

På kort sikt kan det imidlertid være fare for at FKØV kan utøve markedsrett overfor Cerealia. I tiden frem til Unikorns leveringsavtale med Norgesmøllene opphører vil FKØV ha tilgang til matkorn som Cerealia etterspør, samtidig som det er uklart hvorvidt andre leverandører kan dekke Cerealias behov. Eierskapet i Norgesmøllene vil i denne situasjonen gi FKØV insentiver til å svekke leveringsbetingelsene overfor Cerealia. På den annen side er det lite trolig at FKØV vil ha alternative avsetningsmuligheter for sitt matkorn. Eventuell

diskriminering av Cerealia kan således medføre et tap som må vurderes opp mot eventuelle gevinster ved at Norgesmøllenes posisjon styrkes relativt til Cerealia.

I et lengre perspektiv antar departementet at konkurransen i kornhandelsmarkedet begrenses ytterligere som følge av at FKØVs posisjon styrkes på bekostning av Unikorn. I en slik situasjon er det naturlig å anta at FKØV og Nordisk Korn vil konsentrere sine matkornleveranser til henholdsvis Norgesmøllene og Cerealia. I så fall vil ervervet legge til rette for at Nordisk Korn kan utøve markedsrett overfor Cerealia.

Under markedsavgrensningen ble det fremhevet at tilgang til infrastruktur som kornmottak og havneanlegg er nødvendige ressurser for å utføre kornhandelsvirksomhet. Nordisk Kornsin virksomhet er i dag basert på leie av mottaksanlegg og silo av Cerealia. Det er grunn til å tro at dette begrenser Nordisk Kornsin muligheter til å utøve markedsrett overfor Cerealia. Det bør i denne sammenheng nevnes at Cerealia selv ikke antar at ervervet påvirker deres konkurransesituasjon. Cerealia fremhever blant annet muligheten for direkte kjøp fra egne kornmottak eller siloanlegg.

Departementet antar på bakgrunn av dette at ervervet i begrenset grad påvirker konkurranseforholdet mellom eksisterende konkurrenter i markedet for matmel. Ervervet vil imidlertid forsterke etableringshindringene i markedet som følge av økt konsentrasjon i kornhandelsmarkedet. Det er grunn til å tro at ervervet svekker nye aktørers muligheter til å sikre konkurransedyktige leveranser av norsk matkorn. Departementet legger derfor til grunn at ervervet i noen grad forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen i markedet for matmel som følge av svekket potensiell konkurranse.

4.4 Kli

4.4.1 Klager

Klager hevder at kli ikke bør behandles som et separat produktmarked, og mener at tilsynet overvurderer betydningen av kli som innsatsfaktor i kraftfôrproduksjon. Klager fremhever at prisen på kli vanligvis er noe lavere enn næringsverdien i råvaren skulle tilsi, men at prisforskjellen bare reflekterer kostnader knyttet til håndteringen av kliet sammenlignet med andre innsatsfaktorer. Videre fremheves at kli inneholder næringsstoffer som er ønskelig i visse kvanta i kraftfôr, men at verdien avtar sterkt ved økende bruk. På denne bakgrunn mener klager at klimarkedet ikke bør tillegges vekt i saken.

For det tilfelle at tilsynets markedsinndeling opprettholdes, legger klager til grunn at konkurransebegrensningen i markedet uansett ikke øker som følge av oppkjøpet. Det vises blant annet til at Norgesmøllenes andel av kliproduksjonen er vesentlig lavere enn FKØVs andel av kraftfôrproduksjonen.

4.4.2 Konkurransetilsynet

Konkurransetilsynet legger til grunn at fôrkorn og andre fôrkornstatninger ikke kan anses som fullverdige substitutter for kli, selv om disse produktene dels har samme funksjon og bruksområde som kli. Tilsynet mener først og fremst at det er prisforskjellene mellom disse produktene som tilsier at kli utgjør et separat produktmarked, men til dels også produktets egenskaper i fôret. Konkurransetilsynet kan ikke se at klagers anførsler gir grunnlag for å endre konklusjonen i vedtaket om at kli utgjør et eget produktmarked i saken.

Konkurransetilsynet fremhever at kli kun produseres ved matmelprodusentenes møller, og at kli har en stor geografisk spredning som følge av møllenes lokalisering. Det innebærer at kraftfôrprodusentene i mange tilfeller ikke har tilgang på kli i nærheten av sine produksjonsanlegg. Tilsynet viser til at verdien på produktet sammenholdt med transportkostnadene til en viss grad gjør det lønnsomt å frakte kliet over lengre avstander, fremfor å velge alternative innsatsfaktorer. Tilsynet legger derfor til grunn at klimarkedet er regionalt.

Tilsynet viser til at det kun er Norgesmøllene og Nordisk Korn (gjennom avtale med Cerealia) som selger kli, og at markedet dermed er sterkt konsentrert. Tilsynet fastslår at markedets geografisk utstrekning er regional, men det har ikke fremskaffet tall som viser aktørenes regionale markedsandeler. Tilsynet mener det er rimelig å anta at Norgesmøllene har en sterk markedsposisjon i markedene omkring sine matmelmøller i Vaksdal, Skien og Buvika, mens Nordisk Korn har størst markedsandeler omkring Cerealias møller på Bjølsen og i Kristiansand.

Konkurransetilsynet viser i vedtaket til markedsundersøkelser som er gjennomført i forbindelse med saken. Undersøkelsene viser at selv om det er stor etterspørsel etter kli og tilgangen er begrenset, har leverandørene ikke benyttet muligheten til å ta høye priser for kliet. Konkurransetilsynet vurderer derfor ikke konkurransesituasjonen på selgersiden av klimarkedet nærmere i denne saken.

4.4.3 Departementets vurdering

For formålet i saken legger departementet til grunn at kli først og fremst har betydning som innsatsfaktor i kraftfôrproduksjon. Departementets analyse av klimarkedet vil derfor avgrenses til vurderinger av konkurransemessige virkninger i kraftfôrmarkedet.

4.5 Kraftfôr

4.5.1 Klager

Klager legger til grunn at koblingen mellom matmel og kraftfôr er fordeling av kli og kontroll over siloanlegg og logistikk. På bakgrunn av dette mener klager at oppkjøpet av Norgesmøllene ikke påvirker kraftfôrmarkedet.

For øvrig mener klager at tilsynet overser det faktum at Felleskjøpet er et samvirkeselskap styrt av bønder med hovedmål å skaffe landbruket billigst mulig driftsmidler. Videre mener klager at tilsynet undervurderer bygdemøllenes ekspansjonsmuligheter i kraftfôrmarkedene, grunnet lave kostnader ved utvidelse av produksjonen og betydelig overkapasitet på mange av bygdemøllene. Klager hevder også at tilgang til Norgesmøllenes infrastruktur i Buvika og Skien har liten betydning for den samlede konkurransesituasjonen.

Klager viser til at det i tiden etter Konkurransetilsynets vedtak har skjedd betydelige strukturelle endringer i kraftfôrmarkedene som viser at en rekke aktører har ambisjoner og muligheter til å ekspandere utenfor eget område.

4.5.2 Konkurransetilsynet

Etter tilsynets oppfatning er det ingen produkter som fullt ut kan erstatte kraftfôr fordi de ikke på samme måte er sammensatt med de næringsstoffer som dyrene trenger. Selv om det er ulike typer kraftfôr til forskjellige dyreslag, ser tilsynet det som hensiktsmessig for formålet i

denne saken å behandle alle typer kraftfôr som tilhørende det samme produktmarked. Det fremheves at dette er i samsvar med tilsynets markedsavgrensning i tidligere saker.

Konkurransetilsynet viser i vedtaket til at kraftfôr er et relativt dyrt produkt å frakte i forhold til verdien per vektenhet. Videre eksisterer det statlige fraktstøtteordninger som på visse betingelser gir stedsfrakttilskudd ved frakt av ferdig kraftfôr til kunden.

Konkurransetilsynet vurderer det slik at det rundt hvert produksjonsanlegg for kraftfôr vil være et område som naturlig og uten store kostnader vi kunne forsynes fra dette anlegget. Videre legger tilsynet til grunn at kjøpersiden er spredt og fragmentert, og at den enkelte kunde kjøper begrensede volum av kraftfôr. På bakgrunn av dette mener tilsynet at markedet for kraftfôr er lokalt eller regionalt.

Konkurransetilsynets beregninger av markedsandeler viser at FKØV har en ledende posisjon i kraftfôrmarkedet på landsbasis. Tilsynet har avgrenset markedet til å være lokale eller regionale, slik at markedsandelene kan gi et misvisende bilde av markedsstrukturen og de faktiske konkurranseforholdene. Tilsynet slår likevel fast at FKØV møter konkurranse fra et meget begrenset antall aktører, og at markedskonsentrasjonen er svært høy i samtlige fylker der FKØV er etablert. Bygdemøllene er hovedsakelig etablert i korn dyrkingsområdene på Østlandet og i Trøndelag, og konkurrerer med FKØV i lokale markeder innenfor disse områdene. Tilsynet mener imidlertid at bygdemøllene ikke har forutsetninger for å konkurrere utenfor de områdene der de er etablert, først og fremst fordi de mangler et nødvendig distribusjons- og salgsapparat. Vedrørende klagers anførsel om bygdemøllenes ekspansjonsmuligheter, fremhever tilsynet at overkapasitet er et tegn på at konkurransen ikke fungerer tilfredsstillende. Tilsynet mener også at markedskonsentrasjonen er høy i de kraftfôrmarkeder der FKØV ikke er etablert, det vil si i Trøndelag og Nord-Norge.

Tilsynet legger til grunn at konkurransen i kraftfôrmarkedene over hele landet er vesentlig begrenset. Dette skyldes felleskjøpenes dominerende markedsposisjon, samt at det eksisterer store etableringshindringer. Tilsynet trekker særlig frem kostnadene ved nybygging av produksjonsanlegg, begrenset mulighet for priskonkurranse som følge av overkapasitet, og kostnader ved transport og distribusjon inn i områdene der felleskjøpene er mest dominerende. Tilsynet påpeker at Fiskå Mølle har etablert seg i enkeltmarkeder, men at konkurransen også her er begrenset.

Konkurransetilsynet viser til at FKØVs konkurrenter i kraftfôrmarkedene – som også er etterspørere av kli – samt kornhandleren Nordisk Korn, har fremhevet at kli er en innsatsfaktor av merkelig økonomisk betydning i produksjonen av kraftfôr. Etterspørerne av kli har i følge tilsynet uttrykt bekymring for at ervervet skal gi redusert tilgang på kli, eventuelt til dårligere vilkår enn tidligere. Tilsynet understreker at FKØV får varig eiermessig kontroll over Norgesmøllenes kliproduksjon uavhengig av om avtalen mellom FK-gruppen og Norgesmøllene er ledd i oppkjøpet eller ikke. FKØV får dermed i følge tilsynet økte muligheter til å utøve markedsrett overfor kjøperne av kli, det vil si konkurrerende kraftfôrprodusenter. Det betyr igjen at FKØV gjennom ervervet kan svekke konkurransekraften til felleskjøpenes konkurrenter i kraftfôrmarkedene ved å fordyre deres produksjon av kraftfôr, jf. tilsynets vurderinger under punkt 8.2.3 i vedtaket.

Konkurransetilsynet legger også til grunn at ervervet får smitteeffekter over i kraftfôrmarkedene som følge av at kjøper gjennom ervervet får økt kontroll over Norgesmøllenes infrastruktur (lager, havneanlegg og siloer) i Buvika og Skien. Etter tilsynets

oppfatning er dette infrastruktur som FKØVs konkurrenter i kraftfôrmarkedet er avhengig av at også deres kornhandler har tilgang til for å oppnå effektiv distribusjon av kraftfôr og råvarer. Konkurransetilsynet mener på denne bakgrunn at ervervet fører til en ytterligere forverring av konkurransesituasjonen i kraftfôrmarkedene.

Vedrørende klagers anførsel om strukturelle endringer i markedet etter vedtakstidspunktet, påpeker tilsynet at det ikke fremgår om det omfatter frittstående møller eller om det er inngått samarbeid med andre aktører i markedet. I den grad det omfatter frittstående møller, fremhever tilsynet at dette er tatt høyde for i vedtaket ved at bygdemøllene er behandlet som én produsentgruppe.

4.5.3 Departementets vurdering

Markedsavgrensning

Arbeids- og administrasjonsdepartementet la i 2001²⁴ til grunn at kraftfôrmarkedene var lokale, men at det likevel var visse muligheter for ”lekkasjer” til omkringliggende markeder. Etter departementets oppfatning er det ikke forhold som tilsier at markedenes utstrekning har endret seg vesentlig siden ovennevnte vedtak, og har således ingen merknader til tilsynets geografiske markedsavgrensning.

Konkurransesituasjon før ervervet

Konkurransetilsynet legger til grunn at det finnes tre hovedgrupperinger av kraftfôrtilbydere, henholdsvis Felleskjøpene, Fiskå Mølle og bygdemøllene. Tilsynets beregninger viser at Felleskjøpene har betydelige markedsandeler i alle fylker med kraftfôrproduksjon. Bygdemøllene har relativt høye markedsandeler i korndyrkingsområdene på Østlandet og i Trøndelag, og konkurrerer følgelig med Felleskjøpene i mange lokale områder. Utenfor korndyrkingsområdene møter Felleskjøpene kun konkurranse fra Fiskå Mølle, men sistnevnte har gjennomgående lavere markedsandeler enn det bygdemøllene har i sine områder. Departementet mener i likhet med tilsynet at konsentrasjonen i de ulike kraftfôrmarkedene er sterk allerede før ervervet. Det vises til tilsynets vedtak for oversikt over fylkesvise markedsandeler.²⁵

Departementet støtter videre tilsynets vurderinger av etableringsmulighetene innen kraftfôrproduksjon. Begrenset tilgang på innsatsfaktorer og infrastruktur vil fordyre både produksjon og distribusjon for nye aktører, mens overkapasitet gir etablerte aktører insentiver til å øke produksjonen. Tilsvarende gjelder også for eventuell produktmessig og geografisk tilbudssubstitusjon. Eksempelvis gjør bygdemøllenes manglende distribusjons- og salgssystemer det vanskelig å utvide virksomheten til nye geografiske områder. Dette tilsier at eventuelle etableringer vil skje i tilknytning til eksisterende anlegg. Etter departementets syn bekreftes dette av de strukturelle endringene i kraftfôrmarkedet som blant annet klager viser til. Endringene er i all hovedsak knyttet til sammenslåinger og samarbeidsavtaler mellom bygdemøller, og representerer således ikke etablering av ny virksomhet. I stedet bidrar utviklingen til en ytterligere forsterkning av konsentrasjonen i markedene.

²⁴ Felleskjøpenes oppkjøp av Stormøllen AS.

²⁵ Oversikten er unntatt offentlighet jf. offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2. Opplysningene er også unntatt partsinnsyn.

Departementet legger til grunn at sterk markedskonsentrasjon i kombinasjon med manglende responsmuligheter for eksisterende og nye aktører, tilsier til at konkurransen i markedene for produksjon, distribusjon og salg av kraftfôr er vesentlig begrenset før ervervet.

Konkurransmessige virkninger av ervervet

Under vurderingen av konkurransmessige virkninger i markedet for kornhandel la departementet til grunn at ervervet vil føre til en ytterligere begrensning av konkurransen i markedet. Dette skyldes primært at Unikorns posisjon blir svekket som følge av at levering av matkorn til Norgesmøllene på sikt vil opphøre. Dette vil indirekte kunne påvirke Unikorns generelle konkurransekraft ved at distribusjonskostnadene øker relativt til omsatt volum, og gjennom dette svekke leveringsbetingelsene for FKØVs konkurrenter i kraftfôrmarkedene.

Som nevnt vil FKØV gjennom ervervet få kontroll over Norgesmøllenes produksjonsanlegg, herunder tilgang til havneanlegget i Buvika. Ettersom FKT allerede disponerer det andre havneanlegget i Trøndelag, vil ikke andre aktører lenger være sikret tilgang til havneanlegg for transport av korn fra Østlandet. Konsekvensen av dette er i så fall at distribusjonskostnadene til konkurrerende kraftfôrprodusenter øker, og at konkurransen i de nordligste fylkene ytterligere svekkes. Kontroll over havneanlegg vil samtidig forsterke etableringshindringene i markedet.

Konkurransetilsynet har foretatt en grundig vurdering av klimarkedet og betydningen av kli som innsatsfaktor i kraftfôrproduksjonen. Departementet er enig i at kli er av merkbar økonomisk betydning i produksjonen av kraftfôr. Gjennom ervervet får FKØV varig kontroll over kliproduksjonen ved Norgesmøllenes anlegg, noe som tilsvarer i underkant av (...) ²⁶ av samlet kliproduksjon. Både tilsynet og klager fremhever at transport av kli over lengre avstander ikke er lønnsomt på grunn av fraktkostnader. Dette tilsier at tilgang til kli først og fremst har betydning for kraftfôrprodusentene i nærheten av Norgesmøllenes anlegg. Departementet legger til grunn at FKØVs kontroll over Norgesmøllenes kliproduksjon i noen grad kan bidra til å fordyre kraftfôrproduksjonen til konkurrerende aktører, og dermed svekke deres konkurransekraft.

Departementet er etter en samlet vurdering enig i Konkurransetilsynets konklusjon om at FKØV som følge av ervervet kan utøve markedsrett overfor eksisterende og potensielle konkurrenter og dermed svekke konkurransen i kraftfôrmarkedene ytterligere.

4.6 Samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster

Klager opplyser i kommentar til Konkurransetilsynets varsel om inngrep at det ikke forventes umiddelbare synergieffekter. Konkurransetilsynet finner heller ikke at ervervet fører til realisering av samfunnsøkonomiske gevinster.

Departementet antar at ervervet i noen grad kan bidra til å effektivisere FKØVs distribusjon av korn som følge av at selskapet overtar en større del av kornleveransene. Samtidig vil andre aktører kunne oppleve redusert effektivitet på grunn av tilsvarende nedgang i kornvolum. Det er således uklart hvorvidt endret leveringsmønster av norsk korn bidrar til effektivitetsgevinster for samfunnet i sin helhet. Departementet legger til grunn at det ikke oppstår samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster som kan oppveie for de konkurransebegrensninger ervervet leder til. Dermed er de samfunnsøkonomiske besparelsene

²⁶ Opplysning unntatt offentlighet jf. offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2.

i dette tilfellet ikke større enn det samfunnsøkonomiske tapet som følger av redusert konkurranse. Ervervet er således i strid med formålet i konkurranseloven, jf. vilkåret i krrl. § 3-11 første ledd og krrl. § 1.

4.7 Anførsel om marginal konkurransebegrensning

4.7.1 Klager

Klager mener at konkurransebegrensningen som følge av ervervet, eventuelt i kombinasjon med vilkår som klager er villig til å akseptere, uansett er så marginal at det ikke er grunnlag for å forby oppkjøpet.

4.7.2 Konkurransetilsynet

Etter tilsynets oppfatning vil de konkurransebegrensninger som ervervet medfører ikke være marginale. Konkurransetilsynet har med konkurranseanalysen som redegjort for i vedtaket, og etter en ytterligere vurdering i forbindelse med sitt brev av 2. desember 2003 til departementet, kommet til at ervervet forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen i markedene for kornhandel, matmel og kraftfôr. Tilsynet har også vurdert eventuelle effektivitetsgevinster ervervet medfører, men har kommet til at disse ikke er tilstrekkelige til å oppveie de konkurransemessige skadevirkninger ervervet kan medføre. Endelig har Konkurransetilsynet tatt forslag om avhjelpende tiltak i betraktning, men uten å finne disse tiltrekkelige til å avhjelpe de konkurransemessige problemene som ervervet vil kunne føre til.

4.7.3 Departementets vurdering

Som redegjort for i punkt 4.2 til 4.5 legger departementet til grunn at ervervet forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen i markedene for kornhandel, matmel og kraftfôr. Videre har departementet konkludert med at mulige effektivitetsgevinster som følge av ervervet ikke er tilstrekkelige til å oppveie de konkurransemessige skadevirkninger ervervet medfører, i punkt 4.6.

For øvrig vises til Arbeids- og administrasjonsdepartementets avgjørelse i klage over Konkurransetilsynets vedtak V2003/26 om inngrep etter krrl. 3-11 mot Statkraft Holding AS's erverv av 45,5 prosent av aksjene i Agder Energi AS, hvor det ble lagt til grunn dersom et erverv forsterker en allerede vesentlig konkurransebegrensning, stilles det ingen krav til *hvor mye* ervervet må forsterke denne begrensningen. Det vil si at *enhver forsterkning* av konkurransebegrensningen må anses å innfri lovens vilkår "forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen".

Når det gjelder departementets vurdering av klagers forslag til avhjelpende tiltak, vises til nærmere behandling i punkt 6.

4.8 Departementets samlede vurdering

Arbeids- og administrasjonsdepartementet har ovenfor i punkt 4.2 – 4.5 vurdert de konkurransemessige virkningene av FKØVs erverv av Norgesmøllene. Etter departementets oppfatning er konkurransen i utgangspunktet vesentlig begrenset i flere av de berørte markedene. Videre vil ervervet forsterke den vesentlige konkurransebegrensningen i flere av markedene. Dette skyldes at FKØV styrker sin posisjon i kornhandelsmarkedet ved at selskapet på sikt vil overta leveransene til Norgesmøllene, samtidig som Unikorns posisjon antas å svekkes betydelig. Dette legger til rette for at FKØV kan utøve kjøpermakt overfor bygdemøller eller selgermakt overfor avtakere på foredlingsleddet. Videre gir ervervet FKØV

tilgang til infrastruktur som er av stor betydning for konkurrerende kornhandlere og kraftfôrprodusenter. Ervervet gir også FKØV kontroll over Norgesmøllenes kliproduksjon, noe som kan fordyre kraftfôrproduksjonen til andre aktører. På bakgrunn av dette legger departementet til grunn at konkurransebegrensningskriteriet i krrl. § 3-11 er oppfylt. Siden det foreligger en vesentlig konkurransebegrensning i utgangspunktet, behøver likevel ikke den ytterligere konkurransebegrensningen som følger av ervervet å være særlig stor for at konkurransebegrensningskriteriet i krrl. § 3-11 skal være oppfylt, jf. punkt 4.7 ovenfor. Departementet har heller ikke funnet at ervervet bidrar til nevneverdige samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster, jf. punkt 4.6 ovenfor. Vilkårene for inngrep etter krr. § 3-11 er dermed oppfylt.

5. ANFØRSEL OM ALLMENNE HENSYN

5.1 Klager

Klager understreker, blant annet, at FKØV eies av norske bønder som ønsker avsetningsmuligheter for sin produkter. FKØV har således en sterk interesse i å videreføre industriell aktivitet i Norge for å sikre avsetningsmuligheter for sine råvarer. Dette samsvarer også med landbrukspolitiske målsettinger om å sikre avsetningsmulighetene for norsk kornproduksjon, for å kunne opprettholde et aktivt landbruk over hele landet og matvareberedskapen i Norge.

Videre viser klager til at oppkjøpet, og den tilknytning dette gir til et sentralt norsk kornhandelsmiljø og til landbrukssamvirket, vil gi større sikkerhet for at de 160 arbeidsplassene i Norgesmøllene også i fremtiden lokaliseres i Norge. Dette samsvarer også med landbrukspolitiske målsettinger om opprettholdelse av industriarbeidsplasser i distrikts-Norge.

I tillegg fremhever klager at hensynet til verdiskaping i Norge må tillegges vekt.

Klager mener videre at hensynet til å sikre nasjonalt eierskap av Norgesmøllene taler mot at det bør foretas et inngrep mot ervervet. Dette samsvarer med landbrukspolitiske vurderinger i saken. Dersom oppkjøpet forbyr, er det en betydelig fare for at selskapet i løpet av kort tid vil havne på utenlandske aktørers hender.

Klager mener også at de allmenne hensyn som ligger til grunn i denne saken må få en særskilt vekt, siden konkurransebegrensningene som Konkurransetilsynet er opptatt av i det vesentlige vil inntreffe etter at Unikorns forsyningsavtale med Norgesmøllene utløper.

5.2 Konkurransetilsynet

Tilsynet har vurdert de allmenne hensyn i saken og er kommet til at det ikke foreligger slike som enkeltvis eller samlet kan oppveie de konkurransemessige skadevirkninger ervervet vil føre til. Det må også godtgjøres at eventuelle andre hensyn enn konkurransehensyn ikke kan ivaretas tilstrekkelig på en annen måte enn ved omgjøring av tilsynets vedtak. Dette er ikke gjort.

For øvrig viser tilsynet til Ot. prp. nr. 41 (1992-93) side 35, der det fremgår at avveiningen mellom konkurransehensyn og andre samfunnshensyn bør skje på overordnet politisk nivå - i departementet eller i regjeringen – og ikke på direktoratsnivå.

5.3 Departementets vurdering

Departementet har etter en samlet vurdering av de allmenne hensyn som er påberopt i denne saken tillagt landbrukspolitiske hensyn betydning. Spørsmålet blir da om disse hensyn skal tillegges større vekt enn de uheldige konkurransemessige virkningene ervervet har. Som det fremgår ovenfor, bidrar ervervet til å forsterke en allerede vesentlig begrensning av konkurransen i flere av de relevante markedene. De negative virkningene på konkurransen som følger direkte av ervervet behøver imidlertid ikke være veldig store, jf. 4.7.3 og 4.8 ovenfor. Dersom det i tillegg vil være mulig å redusere de negative konsekvensene av ervervet gjennom avhjelpende tiltak, har departementet kommet til at ervervet kan tillates. Avhjelpende tiltak er vurdert i punkt 6 nedenfor.

6. AVHJELPENDE TILTAK

Forslag til avhjelpende tiltak har vært fremsatt av og drøftet med klager.

Klager har blant annet foreslått å selge en andel av aksjene i Norgesmøllene, slik at deres eierandel blir mindre enn 2/3. Hensikten med å selge ut en slik andel i selskapet er at de minoritetsbeskyttelser som ligger i aksjeloven og skattelovgivningen vil gjøre seg gjeldende. Dette vil etter klagers oppfatning utløse forsikringer om at Norgesmøllene drives på en bedriftsøkonomisk rasjonell måte og slik at klager ikke kan forvalte selskapet etter eget forgodtbefinnende. Salget forutsettes imidlertid å skje til en pris som gjenspeiler selskapets reelle verdi på salgstidspunktet.

Klager har også foreslått å etablere ordninger som sikrer FKØVs konkurrenter tilgang til siloen i Buvika på kommersielle betingelser. Klager foreslår at dette kan gjennomføres enten som et generelt pålegg, som et tilbud til Trønderkorn eller andre interessenter om å inngå langvarige leieavtaler, eller gjennom å tilby andre aktører deltagelse i et felles driftsselskap. Klager anfører at en utskilling av silodriften i et eget driftsselskap vil gi en viss økning i administrative kostnader og kan redusere effektiviteten i forsyning av Norgesmøllenes matmelfabrikk noe. Klager ønsker derfor primært å sikre forsyning av konkurrerende kraftfôrproduksjon gjennom et generelt pålegg om at konkurrerende kraftfôrprodusenter gis tilgang til anlegget på kommersielle vilkår.

Departementet antar at forslaget om å selge seg ned en eierandel under 2/3 i Norgesmøllene, i en viss utstrekning kan påvirke hvordan Norgesmøllene drives, selv om dette ikke vil føre til at FKØVs kontroll over selskapet forsvinner. Dersom FKØV, eventuelt i samforstand med andre aktører, kan utøve markedsrett på kornhandelsleddet ved å ta høyere priser eller tilby dårligere vilkår ellers, kan dette tenkes å gå ut over Norgesmøllenes lønnsomhet. For FKØV vil det være av mindre betydning på hvilket ledd i verdikjeden avkastningen tas ut, men for de øvrige (uavhengige) eierne i Norgesmøllene vil dette være av betydning. Et delt eierskap kan derfor ha en disiplinerende effekt på FKØV sin atferd.

Videre legger departementet til grunn at det er mulig å utforme vilkår som vil kunne avhjelpe de konkurranseskadelige virkningene knyttet til siloanlegget i Buvika. Et generelt pålegg som skal sikre aktører tilgang på kommersielle vilkår, er imidlertid uklart og vanskelig å håndheve. Departementet mener derfor det er nødvendig at det etableres et eget selskap som håndterer driften av siloanlegget. Et slikt vilkår sikrer at forretningsbetingelsene for utleie mv. synliggjøres, noe som reduserer faren for at kostnadene til etablerte aktører innen kornhandel og kraftfôrproduksjon øker som følge av dårligere leiebetingelser. Departementet mener

imidlertid ikke at det skal etableres et *felles* driftsselskap der andre aktører går inn som medeiere. Dette vil etter departementets oppfatning knytte for nære bånd mellom konkurrerende aktører. Et eget driftsselskap eid av FKØV bør være tilstrekkelig for å sikre alle aktørene tilgang til lagerkapasitet på kommersielle og likeverdige vilkår. Anleggene i Buvika eies av Cermaq ASA, men disponeres av Norgesmøllene gjennom en langsiktig leieavtale. Klager har muntlig opplyst at etablering av et eget driftsselskap, som skal stå for utleie av lagerkapasitet også til andre aktører i korn- og kraftfôrsektoren, kan gjøre det formelt nødvendig å inngå en ny leieavtale med Cermaq ASA. Departementet legger til grunn at dette ikke vil utgjøre noen praktisk hindring for partene for å gjennomføre tiltaket.

Som anført ovenfor har departementet tillagt de landbrukspolitiske hensyn betydning. Dette, sammen med at de avhjelpende tiltak som er skissert vil redusere de konkurransemessige uheldige virkningene av ervervet i noen grad, gjør at departementet etter en samlet vurdering har kommet til at ervervet av Norgesmøllene kan tillates på vilkår.

7. KONKLUSJON

På bakgrunn av ovennevnte har departementet truffet følgende vedtak:

I. Konkurransetilsynets vedtak av 3. juli 2003, om å forby C.A. Thoresen AS og Stormøllen AS sitt erverv av Norgesmøllene DA, oppheves.

II. Felleskjøpet Øst Vest BA, C.A. Thoresen AS og Stormøllen AS påbys følgende vilkår for å erverve Norgesmøllene DA:

- 1. C.A. Thoresen AS og Stormøllen AS må innen (... ..)²⁷ selge minimum 34 prosent av sine aksjer i Norgesmøllene AS, slik at de to selskapenes samlede eierandel i Norgesmøllene AS ikke overstiger 66 prosent. C.A. Thoresen AS og Stormøllen AS må senest når endelig avtale om salg er inngått, skriftlig underrette Konkurransetilsynet om det.*
- 2. Felleskjøpet Øst Vest BA kan ikke integrere Norgesmøllene AS i sin organisasjon og virksomhet før nedsalget i punkt 1 har funnet sted.*
- 3. Felleskjøpet Øst Vest BA må innen 1. oktober 2004 etablere et eget selskap som skal forestå driften av siloanlegget i Buvika, og gi alle aktører innen korn- og kraftfôrbransjen tilgang til dette anlegget på like kommersielle vilkår. Felleskjøpet Øst Vest BA skal gi skriftlig underretting til Konkurransetilsynet når selskapet er etablert.*

Formålet med påbudet om å underrette Konkurransetilsynet om salget i punkt 1 ovenfor, er å sikre at tilsynet kan kontrollere at påbudet om salg av 34 prosent av aksjene i Norgesmøllene oppfylles. Videre vil Konkurransetilsynet gjennom denne informasjonen kunne vurdere om det er behov for å ta opp ervervet av 34 prosent av aksjene i Norgesmøllene, etter reglene i Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) kapittel 4.

²⁷ Opplysning unntatt offentlighet jf. offvl. § 5 a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2.

Med hilsen

Jan A. Halvorsen (e.f.)
ekspedisjonssjef

Steinar Hauge
avdelingsdirektør

Kopi: Konkurransetilsynet