



DET KONGELIGE FORNYINGS-
OG ADMINISTRASJONSDEPARTEMENT

Arntzen De Besche Advokatfirma AS

Deres referanse

Vår referanse
200602223 - 83

Dato 5.10.2006

Klage på Konkurransetilsynets vedtak V2006-223 – Forbud mot fusjonen mellom Gilde Norsk Kjøtt BA og Prior Norge BA – Konkurranseloven § 16

1. BAKGRUNN

Gilde Norsk Kjøtt BA (Gilde) og Prior Norge BA (Prior) inngikk 11. januar 2006 avtale om å fusjonere. Fusjonsavtalen ble godkjent av partenes årsmøter 24. – 26. april 2006. Fusjonen er en foretakssammenslutning i konkurranselovens forstand, jf. § 17 første ledd bokstav a.¹

Med hjemmel i konkurranseloven § 16 første ledd forbød Konkurransetilsynet 9. juni 2006 fusjonen.

Konkurransetilsynets vedtak har følgende ordlyd:

"Fusjonen mellom Gilde Norsk Kjøtt BA og Prior Norge BA forbys"

Konkurransetilsynets vedtak er tilgjengelig på Internett:

<http://www.kt.no/internett/index.asp?strUrl=1007974i&topExpand=1000074&subExpand=>

Vedtaket ble rettidig påklaget ved brev til Konkurransetilsynet 30. juni 2006. Tilsynet har vurdert klagen og kommet til at den ikke fører frem. I følge konkurranseloven § 20 fjerde ledd skal Konkurransetilsynet bringe klagen inn for departementet senest 15 virkedager etter at den er mottatt. Fristen for dette er 21. juli 2006. Departementet mottok klagen 21. juli d.å. ved brev av 20. juli fra tilsynet. Tilsynets vurdering av klagen

¹Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.

er således fremsatt rettidig. Det følger av konkurranseloven § 20 fjerde ledd tredje punktum at departementet har frist til 13. oktober 2006 for å treffe vedtak i saken.

2. OM PARTENE I FORETAKSSAMMENSLUTNINGEN

2.1 Prior

Prior er et samvirkekonsern eid av 1250 bønder. Prior har hovedkontor på Hærland i Østfold og har tre fjørfeslakterier (Elverum, Rakkestad og Hå) samt fem eggpakkerier (Bø, Heimdal, Rakkestad, Hå og Silsand).

Prior-konsernet slakter, skjærer, foredler og selger kjøtt av kylling, kalkun og høns. I tillegg er Prior produsent og leverandør av egg og eggprodukter. Andelshaverne har rett og plikt til å levere hele sin egg- og fjørfeproduksjon til laget.

Prior er i henhold til Jordbruksavtalen og regler fastsatt av Omsetningsrådet markedsregulator for egg og kylling. Markedsreguleringen for kylling er vedtatt avviklet fra 1. januar 2007.

Prior hadde i 2005 en omsetning på 2.317 millioner kroner.

2.2 Gilde

Gilde er et samvirke eid av ca 27500 bønder. Selskapet har hovedkontor i Oslo.

Gildes hovedaktiviteter er slakting, skjæring, foredling og salg av kjøttvarer. Det har produksjonsvirksomhet over hele landet.

Gilde er i henhold til Jordbruksavtalen og regler fastsatt av Omsetningsrådet markedsregulator for storfe, gris og sau/lam.

Gilde hadde i 2005 en omsetning på 11.962 millioner kroner.

3. KONKURRANSETILSYNETS VEDTAK

Under punkt 3 gjengis hovedtrekkene i Konkurransetilsynets vedtak. For nærmere detaljer vises til tilsynets vedtak.

Konkurransetilsynet mener at fusjonen mellom Gilde og Prior har de største konkurransemessige virkningene i markedet for foredlede fjørfeprodukter fordi tilsynet mener det er grunn til å tro at det er her Gilde først vil etablere seg og være en potensiell konkurrent. Dette markedet er etter tilsynets oppfatning vesentlig begrenset før fusjonen, fordi det i tillegg til Prior bare er en annen stor leverandør i dette markedet, Cardinal Foods/Den Stolte Hane. Videre kjennetegnes markedet av etableringshindringer, og at det verken er tilstrekkelig potensiell konkurranse eller kjøpermakt hos Priors kunder, til at det hindrer Prior å utnytte sin markedsrett. Fusjonen

forsterker denne vesentlige begrensede konkurransen fordi Gilde er den potensielle konkurrenten som øver et visst konkurranstrykk mot Prior. Dermed er det primære inngrepsvilkåret etter konkurranseloven § 16 første ledd oppfylt². Tilsynet har heller ikke funnet at fusjonen utløser samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster som overstiger det samfunnsøkonomiske tapet som følger av redusert konkurranse. Det sekundære inngrepsvilkåret er således også oppfylt.³

3.1 Markedsavgrensning

3.1.1 De relevante produktmarkeder

Konkurransetilsynet har ved avgrensingen av de relevante produktmarkedene tatt utgangspunkt i verdikjeden for de ulike kjøttslagene fra bonde til siste salgsledd. De markedene som er avgrenset, er markedet for levende dyr, markedet for helt slakt, markedet for skåret kjøtt og markedet for omsetning av foredlede kjøtt- og fjørfe-produkter. For hvert av disse markedene har tilsynet vurdert om kjøtt og fjørfe inngår i samme relevante produktmarked. I denne vurderingen har tilsynet særlig lagt vekt på om det foreligger offentligrettslige regler som hindrer substitusjon og praksis fra Europakommisjonen. I vurderingen av markedet for omsetning av foredlede kjøtt- og fjørfeprodukter har tilsynet også lagt vekt på norske forbruker- og markedsundersøkelser.

Når det gjelder markedet for levende dyr, markedet for helt slakt og markedet for skåret kjøtt, har tilsynet konkludert med at det er egne markeder både for hvert enkelt dyreslag og produkter fra disse.

Når det gjelder markedet for omsetning av foredlede kjøtt- og fjørfeprodukter mener tilsynet at det trolig ikke foreligger etterspørselssubstitusjon mellom en rekke produkter av kjøtt og fjørfe. Det er imidlertid etter tilsynets oppfatning en utvikling i forbruksmønstre og forbrukerpreferanser som gjør at konkurranseflaten mellom kjøtt og fjørfe kan bli større i tiden fremover. Særlig når det gjelder prosesserte produkter mener tilsynet at det er knyttet en viss usikkerhet til vurderingen om de er tilstrekkelig nære substitutter til at produkter fra kjøtt og fjørfe er i samme marked. Konkurransetilsynet tar imidlertid ikke endelig stilling til om produkter av ulike kjøttslag for de enkelte produkttyper inngår i samme relevante produktmarked. Det skyldes at dette ikke er avgjørende for utfallet av deres saksbehandling. I sin behandling av saken har tilsynet lagt til grunn at foredlede produkter fra kjøtt og fjørfe ikke er i samme marked.

3.1.2 Det relevante geografiske marked

Tilsynet reiser spørsmål om markedet for levende dyr kan være regionalt, men tar ikke stilling til dette fordi det ikke er avgjørende i denne saken.

² Konkurranseloven § 16 første ledd lyder slik: "Konkurransetilsynet skal gripe inn mot en foretaksammenslutning dersom tilsynet finner at den vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål."

³ Jf. note 2 ovenfor "...i strid med lovens formål."

Når det gjelder de øvrige produktmarkedene, så mener tilsynet at disse er nasjonale. Tilsynet legger vekt på at Norge har et sterkt importvern og at importkonkurransen er av begrenset betydning i dag. Det har heller ikke skjedd noen stor importøkning i de senere år. Videre synes det å være en preferanse for norske produkter blant norske forbrukere. Også blant de som tilsynet har hørt i dette spørsmålet, er det bred enighet om at den geografiske utstrekningen av markedene er nasjonal.

Konkurransetilsynet har også vurdert om de da pågående WTO-forhandlingene kunne føre til at markedene ble større. Tilsynet peker på at utviklingen av forhandlingene tyder på at det kan bli vanskelig å komme til enighet innenfor de oppsatte tidsfrister. Videre vil det under alle omstendigheter bli en overgangsperiode på fire til seks år. Det er således grunn til å tro at importkonkurransen blir beskjedent også i de nærmeste årene.

3.2 Konkurransesituasjonen i de berørte markedene

Gilde og Prior har ikke overlappende virksomhet i de relevante markedene som Konkurransetilsynet har vurdert. Tilsynet mener at det er i markedet for foredlede produkter av fjørfe at Gilde eventuelt først vil etablere seg og være en potensiell konkurrent. Tilsynet har derfor konsentrert sin analyse av virkningene av fusjonen i dette markedet.

3.2.1 Konkurransesituasjonen i markedet for foredlede fjørfeprodukter før fusjonen

Etter tilsynets oppfatning har Prior en sterk posisjon i markedet for foredlede fjørfeprodukter med markedsandel på i overkant av 60%. Priors viktigste konkurrent i dette markedet er Cardinal Foods/Den Stolte Hane med en markedsandel på i underkant av 30%. I januar 2006 ble det gjennomført en foretakssammenslutning mellom Cardinal Foods og Den stolte Hane. Tilsynet behandler derfor disse selskapene som ett. De øvrige tilbyderne i dette markedet har markedsandeler fra 1 % til 4 %.

Konkurransetilsynet har på denne bakgrunn vurdert om Prior kan utøve markedsrett. Det avhenger av konkurrentenes responsmuligheter på prisøkninger, etableringshindringer, potensiell konkurranse, kjøperett og importkonkurranse.

Konkurrentenes responsmuligheter

Etter de opplysninger som tilsynet har fått, har Cardinal Foods/Den Stolte Hane produksjonskapasitet til å dekke økt etterspørsel ved en prisøkning fra Priors side. Kapasiteten er imidlertid ikke stor nok til å bli en landsdekkende hovedleverandør til en ny dagligvaregruppering uten betydelige investeringer. En annen, liten konkurrent har ledig kapasitet, men heller ikke dette selskapet kan bli hovedleverandør til en av dagligvaregrupperingene uten betydelige investeringer.

Alle Priors konkurrenter er helt eller delvis avhengig av å kjøpe råstoff fra Prior eller selskaper som Prior har bestemmende innflytelse i. Det innebærer etter tilsynets

oppfatning at i alle fall på kort sikt vil Priors konkurrenter være avhengig av leveranser av råstoff fra Prior for å kunne overta kunder fra Prior som en følge av en prisøkning på Priors produkter.

Tilgang på råvarer

Etter tilsynets oppfatning er som nevnt over, konkurrenter av Prior helt eller delvis avhengig av leveranser av råvarer fra Prior. Et alternativ for disse er således å få levert levende dyr direkte fra produsent og å slakte selv. Medlemmene i Prior har plikt til å levere hele sin produksjon til Prior og har ikke anledning til å levere fjørfe til andre aktører så lenge de er medlemmer av Prior.⁴ Etter tilsynets vurdering er det lite sannsynlig at en primærprodusent som er medlem av Prior vil melde seg ut og levere til en av Priors konkurrenter. I følge tilsynet vil det i praksis innebære at Priors konkurrenter må inngå avtaler med etablerte primærprodusenter om at de endrer driftsform til fjørfeproduksjon. Cardinal Foods/Den Stolte Hane har opplyst at det tar ca 6 måneder fra det inngås avtale om leveranser til den første levering faktisk skjer. Det samme vil gjelde for en ny produsent av foredlede fjørfeprodukter.

Det er etter tilsynets oppfatning flere grunner til at et medlem av Prior ikke vil melde seg ut av Prior og inngå leveringsavtaler med Priors konkurrenter. Det er tette historiske bindinger mellom Prior og den enkelte fjørfeprodusent. Ved utmelding mister et medlem retten til andel av avkastningen på felleskapitalen i Prior. Medlemmet har ved utmelding bare rett på sin andelskapital på kr. 2000 og ikke en andel av lagets øvrige formue. Videre vil de gjeldende reglene for utmelding gjøre at det kan ta lang tid å få frigjort Priors primærprodusenter fra sitt medlemskap i Prior. Disse reglene vil imidlertid bli endret som følge av fusjonen og utmeldingstiden vil bli redusert. Konkurransetilsynet finner det videre lite sannsynlig at primærprodusenter knyttet til Cardinal Foods/ Den Stolte Hane vil velge å levere til nyetablerte aktører. Det skyldes at leveringsavtalene er løpende med ett års gjensidig oppsigelse. I praksis leverer disse produsentene heller ikke til andre så lenge leveringsavtalene består.

Tilgang på kunder

Etter tilsynets oppfatning kan tilgang på omsetningskanaler utgjøre en etableringshindring. For å være til stede i dagligvaremarkedet er det avgjørende for leverandørene å ha avtaler med dagligvarekjedene. Disse ønsker i hovedsak leverandører av foredlet fjørfe som kan tilby landsomfattende leveranser. Det krever store volum. Leverandørene må derfor ha sikker tilgang på råvarer til å kunne tilby et tilstrekkelig volum. Videre vil investeringer i bygg, produksjonsanlegg, salgs- og distribusjonsapparat og markedsføring nødvendigvis gjøre større salgsvolumer for å oppnå stordriftsfordeler. I følge tilsynet vil det være vanskelig og risikofylt for nye aktører å foreta disse investeringene når det er usikkert om de vil oppnå leveringsavtale med en dagligvaregruppering.

⁴ Vedtektene § 6.

Investeringsbehovet

Konkurransetilsynet har ikke tallfestet investeringsbehovet ved etablering av produksjon av foredlede fjørfeprodukter. Basert på kostnaden ved et nytt foredlingsanlegg for etablerte aktører så legger det likevel til grunn at investeringskostnaden kan utgjøre en etableringshindring for nye aktører.

Potensielle konkurrenter før fusjonen

Etter tilsynets oppfatning er Gilde i en særstilling blant de mulige potensielle konkurrentene til Prior i markedet for foredlede fjørfeprodukter. Gilde vil blant annet har lettere tilgang til råvarer ved at de allerede har avtaler med ca 27 500 leverandører av kjøtt. I praksis er bønder som endrer driftsform den beste måten for mulige konkurrenter til Prior å få tilgang til råstoff uavhengig av Prior. Når det gjelder produksjon av foredlede kjøtt- og fjørfeprodukter stilles det heller ikke krav til separate produksjonslinjer for hvert enkelt dyreslag. Videre har Gilde et etablert salgs- og distribusjonsapparat for denne type produkter, og det har allerede et leverandørforhold til dagligvaregrupperingene. Videre har Gilde tilgang til produksjonsanlegg og kompetanse som har flere likhetstrekk med den virksomhet som Prior driver. Selskapet har også finansielle ressurser til å etablere produksjon av foredlede produkter. Tilsynet mener også at interne dokumenter i Gilde viser at det kan være lønnsomt for Gilde å etablere seg i dette markedet i et begrenset omfang.

Tilsynet har vurdert om andre aktører innen foredling av kjøtt kan være potensielle konkurrenter til Prior. Disse aktørenes mulighet til å etablere seg vil særlig være begrenset av tilgangen på råstoff og delvis av mangel på ledig produksjonskapasitet. Det samme gjelder store produsenter av fjørfe utenfor Norge. Disse vil også møte problemer med tilgang til dagligvarekjedene. Etter tilsynets oppfatning vil disse aktørene således ikke være potensielle konkurrenter av betydning.

Kjøpermakt

Kundene i markedet for foredlede fjørfeprodukter består av dagligvarekjeder, servicehandelen og storhusholdning. Ca 84% av omsetningen går gjennom dagligvarehandelen. Tilsynet har derfor vektlagt denne omsetningskanalen særskilt.

I dag er det kun Cardinal Foods/Den Stolte Hane som konkurrerer med Prior om landsdekkende leveranser til dagligvarekjedene. Dette begrenser således kjedenes mulighet til å sette leverandørene opp mot hverandre. Det samme gjelder for kjedenes private varemerker for foredlede fjørfeprodukter. Også disse produseres av de to store leverandørene av slike produkter.

Konkurransetilsynet viser også til at selv om avtalene mellom leverandørene av fjørfeprodukter og dagligvarekjedene vanligvis reforhandles hvert år, så har disse likevel preg av å være av langsiktig karakter. Kunde- og leverandørrelasjonene endres ikke ofte.

Samlet mener tilsynet at selv om dagligvarekjedene har kjøpermakt i fjørfemarkedet, så er denne ikke så sterk at den kan motvirke leverandørmakten. Det skyldes at dagligvarekjedene har få reelle leverandører av foredlede fjørfeprodukter.

Importkonkurranse

Konkurransetilsynet har som nevnt under punkt 3.1.2 ovenfor, avgrenset det relevante geografiske markedet til å være nasjonalt. Det skyldes de høye tollbarrierene som eksisterer i dag. Det tollbaserte importvernet fungerer slik at det gir en prispreferanse for norskprodusert fjørfe når markedet er i balanse. Når det er lite norskprodusert fjørfe, senkes tollsatsene for å presse prisene på norskproduserte fjørfeprodukter. Dette gjør etter tilsynets oppfatning det vanskelig for en leverandør av fjørfeprodukter helt eller delvis å basere sin deltakelse i markedet på import. Selv om forhandlinger i WTO kan føre til en endring, antar tilsynet at det vil ta flere år før tollvernet på fjørfe blir redusert så mye at import av fjørfeprodukter vil være et reelt alternativ. Tilsynet har derfor ikke tatt hensyn til import i sin vurdering av konkurransesituasjonen i markedet for foredlede fjørfeprodukter.

Konklusjon

Etter Konkurransetilsynets oppfatning var konkurransen i markedet for salg av foredlede fjørfeprodukter vesentlig begrenset før fusjonen mellom Gilde og Prior.

3.2.2 Virkningene av bortfall av Gilde som potensiell og sannsynlig framtidig aktuell konkurrent i markedet for foredlet fjørfe

Etter Konkurransetilsynets oppfatning var Gilde før fusjonen en potensiell konkurrent i markedet for foredlede fjørfeprodukter. Dette markedet var videre vesentlig begrenset. Spørsmålet er således om bortfallet av Gilde som potensiell konkurrent forsterker denne vesentlige begrensningen av konkurransen. I så fall er det primære inngrepskriteriet i konkurranseloven § 16 første ledd oppfylt. Etter tilsynets mening kan det verken av ordlyden til § 16 eller av forarbeidene til denne bestemmelsen stilles strengere krav til å sannsynliggjøre skadelige virkninger ved sammenslutninger av potensielle konkurrenter enn mellom aktuelle konkurrenter.

Konkurransetilsynet mener at det er sannsynlig at Gilde vil finne det attraktivt å etablere produksjon i fjørfemarkedet. Tilsynet bygger det på at markedet for rødt kjøtt er modent. Økt omsetning for Gilde må derfor skje på bekostning av Gildes konkurrenter i dette markedet. Det vil kreve store kostnader til markedsføring og sannsynligvis prisreduksjoner. Samtidig er det fortsatt vekst i markedet for fjørfeprodukter.

Videre viser etter tilsynets oppfatning interne dokumenter fra Gilde at selskapet uten fusjon med Prior har hatt konkrete planer om en begrenset etablering i fjørfemarkedet. Tilsynet mener derfor at det er mest sannsynlig at Gilde uten fusjonen med Prior ville ha etablert seg med et begrenset vareutvalg innenfor fjørfe, og at det er holdepunkter for å anta at Gilde på noe lengre sikt ville etablere seg med et større produktspekter.

Tilsynet har i vedtaket lagt til grunn at Gilde før fusjonen utøvde et konkurransetrykk som potensiell konkurrent. Videre mener tilsynet at styredokumenter fra Prior viser at Prior oppfattet Gilde som en konkurrent før ervervet.

Konkurransetilsynet har i denne forbindelse også vurdert om det er sannsynlig at to samvirkeforetak ville gå i direkte konkurranse med hverandre om å levere samme produkter. Etter tilsynets oppfatning er ikke samvirkeformen til hinder for dette dersom det ellers skulle framstå som forretningsmessig riktig.

Fusjonen fører således til at Gilde opphører som potensiell konkurrent i markedet for foredlede fjørfeprodukter og at en sannsynlig, men begrenset etablering av Gilde i dette markedet ikke vil bli gjennomført. Dette medfører også at Gildes etablering på noe lengre sikt med et større produktspekter, heller ikke vil bli aktualisert. Etter tilsynets vurdering vil derfor fusjonen forsterke en allerede vesentlig begrensning av konkurransen i markedet for foredlede fjørfeprodukter.

Konkurransetilsynet har videre vurdert hvilke virkninger som fusjonen vil ha på effektivitet, produktutvikling, kvalitet og pris.

Etter tilsynets syn vil bortfall av potensiell konkurranse fra Gilde lede til høyere kostnader og lavere effektivitet enn hva Prior ville ha hatt i en situasjon med potensiell konkurranse fra Gilde. En faktisk etablering fra Gildes side i fjørfemarkedet, både begrenset og mer omfattende, vil føre til et betydelig press mot kostnadene til Prior.

I vedtaket har Konkurransetilsynet lagt til grunn at det ikke foreligger tilstrekkelig etterspørselssubstitusjon mellom en rekke foredlede kjøtt- og fjørfeprodukter. Imidlertid antar tilsynet at utvikling i forbruksmønstre og forbrukerpreferanser gjør at konkurranseflaten mellom produkter basert på kjøtt og fjørfe kan bli større i tiden framover. Tilsynet legger til grunn at så lenge Gilde og Prior er uavhengige aktører, så vil de ha fokus på å videreutvikle og forbedre produktene. Dersom fusjonen gjennomføres, mener tilsynet at det er sannsynlig at den disiplinerende effekten som Gilde utøver overfor Prior med hensyn til produktutvikling forsvinner.

En faktisk etablering fra Gildes side vil føre til økt press i forhold til produktutvikling i fjørfemarkedet. Fusjonen vil derfor etter tilsynets oppfatning kunne føre til et betydelig samfunnsmessig tap fordi den produktutvikling som ville funnet sted som følge av etableringen, ikke vil skje.

Konkurransetilsynet mener det er nærliggende at virkningene av fusjonen på kvalitet både som følge av redusert potensiell konkurranse og som følge av en sannsynlig etablering av Gilde i markedet for fjørfeprodukter, vil være de samme som virkningene på produktutvikling.

Tilsynet har i vedtaket lagt til grunn at potensiell konkurranse fra Gilde ikke vil ha vesentlig betydning for Priors prissetting. Det skyldes at tilsynet antar at Gilde har gode kunnskaper om kostnadsforholdene i fjørfemarkedet. Det vil derfor ikke være rasjonelt for Prior å holde lave priser for å signalisere lave kostnader og avskrekke Gilde fra å etablere seg.

En faktisk etablering fra Gildes side vil imidlertid etter tilsynets vurdering ha betydelig priseffekt. Selv om Gilde bare får et beskjedent fotfeste i fjørfemarkedet, vil det føre til at dagligvarekjedene har en reell alternativ leverandør. De vil etter en slik etablering raskt kunne utnytte sin kjøpermakt.

3.3 Ervervets samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster

Partene har anført at fusjonen vil medføre effektivitetsgevinster på totalt 125,75 millioner kroner som vil være fullt uttatt i år 2010. Tilsynet har i vedtaket foretatt en detaljert vurdering av partenes anslag. Tilsynet har sett på om kostnadsbesparelsene gir en samfunnsøkonomisk gevinst, om de er fusjonsspesifikke og om de er tilstrekkelig godt dokumentert og konkretisert. I denne sammenheng har tilsynet også vurdert om effektivitetsgevinstene blir gjennomført innenfor en rimelig tidsperiode.

Konkurransetilsynet har ved gjennomgangen av underlagsmaterialet fra partene funnet at de anførte synergier er beheftet med betydelig usikkerhet og at effektivitetsgevinstene i liten grad er basert på konkrete gjennomføringsplaner. Tilsynet konkluderer med at en stor del av effektivitetsgevinstene verken er samfunnsøkonomisk relevante eller fusjonsspesifikke. Det kan likevel ikke se bort fra at fusjonen vil medføre effektivitetsgevinster på maksimalt 10 -15 millioner kroner.

Videre har partene oppgitt at det vil påløpe omstillingskostnader på ca 81 millioner kroner som følge av fusjonen. Tilsynet har vurdert hvor mye av disse som er samfunnsøkonomiske og fusjonsspesifikke. Tilsynet er etter dette kommet til at minst 10 millioner kroner skal trekkes fra effektivitetsgevinstene. Videre innebærer fusjonen etter tilsynets mening at det fusjonerte selskapet pådrar seg kompleksitetskostnader. Dette er kostnader som følger av at den samlede virksomheten blir mer kompleks enn hver bedrift var før. Tilsynet har ikke beregnet størrelsen på denne typen kostnader.

Samlet konkluderer tilsynet på denne bakgrunn med at fusjonen ikke fører til relevante effektivitetsgevinster av betydning.

3.4 Konkurransetilsynets konklusjon, vurdering av forholdsmessighet og inngrepsvedtak

Konkurransetilsynet har funnet at konkurransen i markedet for foredlede fjørfe-produkter var vesentlig begrenset før fusjonen. Fusjonen innebærer at Gilde ikke lenger vil være en reell potensiell konkurrent i dette markedet. Fusjonen forsterker således en vesentlig begrensning av konkurransen. Tilsynet har ikke funnet at fusjonen medfører samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster som kan oppveie det samfunns-

økonomiske tapet som begrensningen av konkurransen medfører. Inngrepskriteriet i konkurranseloven § 16 er således oppfylt.

Partene har i følge tilsynet ikke fremmet forslag om avhjelpende tiltak. Tilsynet har likevel vurdert om det finnes tiltak som kan avhjelpe virkningene av fusjonen med mindre inngripende tiltak enn å forby fusjonen, men har ikke funnet slike.

På denne bakgrunn anser tilsynet at et forbud ikke går lenger enn det som er nødvendig for å avhjelpe de skadelige virkningene av fusjonen. Tilsynet forbød derfor fusjonen ved vedtak av 9. juni 2006.

4. KLAGEN

Klager ber departementet oppheve Konkurransetilsynets vedtak om å forby fusjonen mellom Gilde og Prior, og godkjenne fusjonen. Dette begrunnes med at det primære vilkåret for inngrep etter konkurranseloven § 16 ikke er oppfylt og at vedtaket derfor er ugyldig. Klager mener at fusjonen ikke forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen i fjørfemarkedene. Det skyldes at konkurransen i disse markedene ikke var begrenset før fusjonen. Videre er ikke Gilde en potensiell konkurrent i disse markedene. Fusjonen begrenser derfor uansett ikke konkurransen. Endelig så vil ikke Gilde uten fusjonen etablere seg i fjørfemarkedene innen et relevant tidsrom og i tilstrekkelig utstrekning til å bli en effektiv konkurrent. Fusjonen hindrer derfor ikke etablering av en aktuell konkurrent i disse markedene.

Etter klagers oppfatning er heller ikke det sekundære vilkåret for inngrep oppfylt. De samfunnsøkonomiske gevinstene ved fusjonen mer enn oppveier et eventuelt samfunnsøkonomisk tap som følge av konkurransebegrensningen som tilsynet mener fusjonen fører til.

Videre mener klager at Konkurransetilsynet ikke har oppfylt sin utredningsplikt og bevisbyrde.

Klager mener også at vedtaket må oppheves fordi det er uproportjonalt. Konkurransetilsynets bekymringer gjelder konkurransen i markedet for foredlede fjørfeprodukter som er bare ett av de markedene fusjonen berører. Det er derfor uforholdsmessig å forby fusjonen i sin helhet.

Klager har også pekt på at tungtveiende industri-, landbrukspolitiske- og forbrukerpolitiske hensyn taler for at fusjonen må godkjennes.

4.1 Konkurransetilsynet har ikke oppfylt sin utredningsplikt og bevisbyrde

Klager mener at det må stilles strengere krav til utredning og sannsynliggjøring i denne saken enn det som ellers gjelder for forvaltningsavgjørelser. Det skyldes at et vedtak om å forby foretakssammenslutninger er svært inngripende. Videre mener klager at det må stilles enda strengere krav i saker som ikke gjelder en fusjon mellom konkurrenter

som opptrer i samme marked. Etter partenes oppfatning har tilsynet heller ikke gjennomført nødvendige markedsundersøkelser. Det skulle vært spurt direkte om aktørene i fjørfemarkedet anser Gilde for å være en potensiell konkurrent, og det skulle vært foretatt beregninger av effekten av etableringer i fjørfemarkedet de senere år.

4.2 Konkurransesituasjonen i fjørfemarkedet er ikke vesentlig begrenset før fusjonen

Klager bestrider Konkurransetilsynets forutsetning om at fjørfemarkedet var vesentlig begrenset før fusjonen. I følge klager har Prior mistet betydelige markedsandeler de siste årene. Fra 2004 til 2006 (prognose) har Priors andel av det totale salg av kylling falt fra ca 70 % til i underkant av 60 %. Prior har mistet både volum og markedsandeler både i råvaremarkedene og i de senere omsetningsledd. Dette skyldes i følge klager blant annet Cardinal Foods/Den Stolte Hanes fremvekst. Dette selskapet er en sterk utfordrer til Prior og har ambisjoner om å bli markedsleder på det norske fjørfemarked. Den faktiske konkurransen har en sterk disiplinerende effekt på Prior. Det er etter klagers oppfatning ikke sannsynlig at Prior med synkende markedsandeler og en aggressiv utfordrer, er i stand til eller "tør" å utøve markedsrett slik Konkurransetilsynet legger til grunn.

Videre mener klager at Konkurransetilsynet har undervurdert dagligvarekjedenes kjøpermakt. Klager mener at tilsynet tar feil når det hevder at kjedenes kjøpermakt er begrenset fordi de har få reelle alternative leverandører av fjørfeprodukter. Dette begrunnes med at kjedenes høringsuttalelser ikke støtter tilsynets påstand om at kjedene prefererer landsdekkende leveringer. Tilsynet må derfor i sin vurdering også ta hensyn til mindre leverandører. Videre vil kjedenes valgmuligheter øke i tiden som kommer fordi importerte fjørfeprodukter i økende grad vil konkurrere med norske i dagligvarehandelen. Også dagligvarekjedenes egne merkevarer åpner for nye aktører, noe som bidrar til at kjedenes valgmuligheter øker. Klager begrunner dette med at en ny aktør kan komme inn på markedet gjennom leveringer av produkter, særlig foredlede produkter, til kjedenes egne merker. Da er det ikke nødvendig med egen råvaretilgang, egne merkevarer eller store markedsføringskostnader, og aktøren får automatisk tilgang til en avsetningskanal.

4.3 Gilde er ingen betydelig disiplinerende faktor i fjørfemarkedet før fusjonen

Etter klagers oppfatning har ikke Konkurransetilsynet sannsynliggjort at Gilde er en betydelig disiplinerende faktor i fjørfemarkedet før fusjonen.

Med utgangspunkt i Kommisjonens retningslinjer for behandling av horisontale fusjoner mener klager at tilsynet må sannsynliggjøre at Gilde før fusjonen utgjør en betydelig disiplinerende faktor for at fusjonen med Gilde skal kunne anses å forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen. Klager oppfatter tilsynets vedtak slik at det er tilstrekkelig at Gilde utøver et konkurranstrykk som potensiell konkurrent.

Videre hevder klager at det avgjørende for denne vurderingen er hvordan konkurrentene i fjørfemarkedet opplever konkurransetrykket fra Gilde. I følge klager har ikke tilsynet undersøkt om aktørene i fjørfemarkedet oppfatter Gilde som en potensiell konkurrent. Tilsynet har vist til at Prior i en styreprotokoll omtaler Gilde som konkurrent. Klager mener dette er tatt ut av sin sammenheng og innebærer ikke at Prior anser Gilde som en potensiell konkurrent i fjørfemarkedet. Utsagnet har sin bakgrunn i at Gilde og Prior til en viss grad konkurrerer i et utvidet middagsmarked og antagelig også i et påleggsmarked. Dette er imidlertid ikke definert som et relevant marked i denne fusjonssaken.

Videre peker klager på at dersom aktørene i fjørfemarkedet hadde ansett Gilde som en potensiell konkurrent, ville dette blitt adressert i deres strategi- og markedsplaner. Heller ikke andre markedsaktører som dagligvarekjedene har syntes særlig bekymret for at Gilde skal bortfalle som en potensiell konkurrent. Endelig minner klager om at Gilde ikke ble omtalt som potensiell konkurrent i den fullstendige meldingen i forbindelse med foretakssammenslutningen mellom Cardinal Foods AS og Den Stolte Hane AS.

Klager er heller ikke kjent med at det finnes noen eksempler fra verken Konkurransetilsynet eller EU/EØS-praksis på at tilbydere av produkter basert på andre dyreslag blir vurdert som potensielle konkurrenter til aktørene i fjørfemarkedet.

4.4 Gilde ville ikke blitt en effektiv aktuell konkurrent for Prior

Klager hevder at Gilde ikke har planer om å etablere seg i fjørfemarkedet. Konkurransetilsynet har heller ikke i tilstrekkelig grad sannsynliggjort at Gilde vil etablere seg som en effektiv konkurrent, at denne etablering har et tilstrekkelig omfang og er så nærliggende i tid at fusjonen har en konkurransebegrensende effekt. Klager hevder at disse krav til etableringssannsynlighet følger av EU-Kommisjonens retningslinjer for behandling av horisontale fusjoner og av EU-Kommisjonens praksis.

Klager mener at tilsynet tar feil når det legger til grunn at markedet for kjøtt er et modent marked. Oppdaterte opplysninger om markedsforholdene viser at andelen av befolkningen som foretrekker kjøtt, har begynt å stige igjen. Gilde mener derfor at det er muligheter for betydelig vekst innenfor kjøtt. Tilsynet tar således feil når det legger til grunn at etablering innenfor ett eller flere fjørfemarkeder er en forutsetning for vekst for Gilde.

Videre bygger Konkurransetilsynets konklusjon om at Gilde uten fusjon ville etablere seg i fjørfemarkedet på enkelte, utvalgte dokumenter fra Gilde som er trukket ut av sin sammenheng. At en intern arbeidsgruppe har foretatt en generell vurdering av fjørfemarkedet som forretningsmessig interessant, kan ikke legges til grunn som planer for en slik etablering. Tvert i mot konkluderte rapporten med at bred etablering i fjørfemarkedet ikke er interessant. Gilde har verken konkrete gjennomføringsplaner eller

foretatt investeringer som viser at det vil etablere seg i fjørfemarkedet ved organisk vekst.

Videre viser klager til at det som følge av historikk og tradisjon ikke ville være forretningsmessig riktig for Gilde å etablere seg i fjørfemarkedet. Det understrekes i denne forbindelse at Gilde NKs strategiske vurdering om ikke å etablere seg i fjørfemarkedet ved organisk vekst, ikke skyldes ulovlig markedsdeling.

Klager peker på at tilsynet i vedtaket har presisert at ved vurderingen av de konkurransemessige virkningene av en fusjon med en potensiell konkurrent, er det av betydning om det foreligger bevis for at den potensielle konkurrenten vil etablere seg i nær framtid. Imidlertid har ikke tilsynet konkludert med hensyn til sannsynligheten for at Gilde skal etablere seg innenfor et slikt tidsperspektiv med et begrenset vareutvalg. Når det gjelder et større produktspekter mener tilsynet at det vil skje på noe lengre sikt. Dette er etter klagers oppfatning et for langt tidsperspektiv til at en slik mulig etablering kan anses som relevant i denne saken.

Klager anfører at Konkurransetilsynet ikke har angitt i hvilke fjørfemarkeder det anser det sannsynlig at Gilde vil etablere seg. Det gjør det vanskelig å vurdere om Gilde vil bli en effektiv konkurrent. Klager forstår også vedtaket slik at Konkurransetilsynet når det mener at det er sannsynlig at Gilde vil etablere seg i markedet for foredlede fjørfeprodukter, bygger på at Gilde vil etablere seg i tidligere ledd i verdikjeden. Dette står i tilfelle i sterk kontrast til tilsynets egen avgrensning av produktmarkedet, der det går klart frem at markedene for levende dyr, helt slakt og skåret kjøtt utgjør separate markeder. Etter klagers oppfatning har således tilsynet ikke sannsynliggjort at Gilde vil etablere seg som en konkurransefaktor av betydning.

4.5 Virkningen i fjørfemarkedene ved bortfall av Gilde er ubetydelig

Klager hevder at for at inngrepskriteriet i konkurranseloven skal være oppfylt må Konkurransetilsynet påvise hvilke virkninger som oppstår som følge av fusjonen. Etter klagers mening er tilsynets analyse av virkningene på konkurranseparameterne effektivitet, produktutvikling, kvalitet og pris generell, hypotetisk og i liten grad knyttet konkret til faktum i foreliggende sak. Klager mener også at det må skilles klarere mellom bortfall av Gilde som potensiell konkurrent i dag og bortfall av framtidig etablering fra Gildes side i markedet for fjørfekjøtt.

Når det gjelder bortfall av Gilde som potensiell konkurrent, så mener klager at tilsynet legger til grunn at dette bare har virkninger på kvalitet og effektivitet. Etter klagers oppfatning har tilsynet heller ikke godtgjort dette. Siden de sentrale etablerte aktørene i liten eller ingen grad anser Gilde som en potensiell konkurrent, så er det meningsløst å påstå at Gilde har en disiplinerende effekt på effektiviteten i fjørfemarkedet. Når det gjelder kvalitet, så sikrer matlovgivningen et høyt minimumskrav til kvaliteten på matvarer som selges i Norge. I praksis hindrer det en leverandør å være fleksibel med hensyn til kvalitet.

Når det gjelder bortfall av framtidig etablering fra Gildes side i fjørfemarkedet, så tar klager utgangspunkt i at tilsynet selv mener at etablering innenfor et større produktspekter anses som usikkert. Tilsynet mener imidlertid at selv en beskjeden etablering kan ha betydelig effekt på effektivitet, produktutvikling og pris. Klager mener at tilsynet ikke har redegjort for en slik sammenheng. Klager kan ikke se at en etablering fra Gilde av produkter med fjørfe som ingrediens, for eksempel ferdig wok-blanding eller en fjørfebasert postei, vil påvirke prissettingen på slaktet kylling, grillet kylling eller kyllingfilet. Klager kjenner ikke til at dette har skjedd i forbindelse med andre kjøttprodusenters lansering av produkter med fjørfeingredienser.

4.6 Vilkaaret om superdominant stilling er ikke oppfylt

Klager mener at det i følge praksis fra EU-Kommisjonen er en forutsetning for et inngrep mot en fusjon med en potensiell konkurrent at den andre etablerte aktøren har en superdominant stilling i det relevante marked. Konkurransetilsynet har ikke lagt dette til grunn og har ikke begrunnet sitt syn nærmere. Etter klagers oppfatning har ikke Prior en slik superdominant stilling i fjørfemarkedet. Inngrepsvilkåret er etter klagers syn således ikke oppfylt.

4.7 Vilkaaret om at det ikke må finnes andre potensielle konkurrenter av betydning er ikke oppfylt

Både etter Konkurransetilsynets retningslinjer for behandling av fusjoner under den forrige konkurranseloven og EU-Kommisjonens retningslinjer for behandling av horisontale fusjoner, er det etter klagers oppfatning et krav for å kunne gripe inn mot en fusjon med en potensiell konkurrent at det ikke finnes andre potensielle konkurrenter av betydning. Klager mener at de har påvist at det finnes en rekke andre potensielle konkurrenter på linje med Gilde. Etter klagers syn har tilsynet ikke i tilstrekkelig grad sannsynliggjort at det ikke finnes andre aktuelle eller potensielle konkurrenter av betydning i fjørfemarkedet.

4.8 Effektiviseringsgevinster

Klager mener å ha dokumentert grundig og sannsynliggjort synergigevinster som følge av fusjonen på minimum 98 til 142 millioner kroner. ECON har gått igjennom klagers beregninger og kommet til at fusjonen vil generere samfunnsøkonomiske besparelser på minst 86 til 129 millioner kroner.

Klager bestrider ikke at de har bevisbyrden for sine anslag på effektivitetsgevinster. Imidlertid mener de at tilsynet i denne saken har satt beviskrav som uthuler effektivitetsforsvaret i fusjonssaker og som verken har forankring i lovforarbeider eller praksis. Konkurransetilsynet synes å kreve konkrete gjennomføringsplaner for å godkjenne effektivitetsgevinster. Det vil i følge klager for det første komme i konflikt med Hovedavtalen og arbeidsmiljøloven som krever at de ansatte og deres representanter involveres. For det andre kan det lett komme i konflikt med gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 og forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i lovens § 10.

Videre mener klager at Konkurransetilsynet stiller for strenge krav til tidsaspektet. Tilsynet har avvist flere av de anførte effektivitetsgevinster med at de ligger for langt fram i tid uten at dette er begrunnet nærmere. Klager mener det er i strid med tilsynets tidligere praksis og kommisjonspraksis. Klager antar at så lenge effektivitetsgevinstene er sannsynliggjort, så vil antakelig også langsiktige gevinster anses som relevante. Klager anfører at 63% av synergiene vil bli realisert i løpet av to år, mens fullt uttak vil kunne forventes over fire år.

Klager mener også at det er feil når tilsynet ikke tillegger klagers tidligere erfaring med fusjonsprosesser vekt. Det samme gjelder uttalelser fra andre aktører i markedet om at fusjonen vil føre til effektivitetsgevinster. Begge forhold underbygger sannsynligheten for at det er effektivitetsgevinster og at de vil bli tatt ut.

Klager mener at tilsynet tar feil når det ikke vil akseptere effektivitetsgevinster som følger av at det fusjonerte selskap vil oppnå lavere innkjøpspriser fra utenlandske leverandører. Klager mener at tilsynet avviker fra tidligere praksis.

Endelig mener klager at såkalte kompleksitetskostnader ikke skal trekkes fra effektivitetsgevinstene. Fratrekk for slike kostnader følger ikke av verken retningslinjer eller tidligere praksis.

Klager har også foretatt en beregning av det samfunnsøkonomiske tapet som kan følge av fusjonen. Formålet var å få et holdepunkt for en øvre grense for et slikt tap. Konkurransetilsynet har avvist denne beregningen fordi det er usikkerhet om valgt modell gir et riktig utgangspunkt for beregningene, og fordi det er forbundet med stor usikkerhet å tallfeste de parametere som ligger til grunn for anslaget. Klager peker på at tilsynet selv ikke har forsøkt å tallfeste tapet, men slår med en kort, kvalitativ argumenttrekke fast at det samfunnsøkonomiske tapet er betydelig. Etter klagers oppfatning kan ikke tilsynet stille høyere krav til klagers dokumentasjon enn til egen. Når tilsynet heller ikke har beregnet størrelsen på det samfunnsøkonomiske tapet, har det ikke grunnlag for å konkludere med at gevinstene ved foretakssammenslutningen ikke er tilstrekkelige til å oppveie tapet.

4.9 Inngrepet er i strid med proporsjonalitetsprinsippet

Klager mener det er i strid med det alminnelige forvaltningsrettslige proporsjonalitetsprinsippet når tilsynet har forbudt fusjonen mellom to aktører som er vertikalt integrert i hele verdikjeden, når den konkurransemessige bekymringen bare angår markedet for foredlede fjørfeprodukter. Bekymringen gjelder ikke markedet for forbruksklare stykker som er Priors volumprodukter. Selv om tilsynet ikke har funnet andre mindre inngripende tiltak, mener klager at det er uforholdsmessig å forby hele fusjonen.

4.10 Tungtveiende samfunnsøkonomiske hensyn taler for at fusjonen skal godkjennes

Etter klagers oppfatning er fusjonen mellom Gilde og Prior et effektiviseringstiltak som vil bidra til at samvirkebedriftene med sine definerte oppgaver også i framtiden kan bidra til å oppfylle norsk nærings- og landbrukspolitikk. Dette er viktig for å møte de utfordringer som en ny WTO-avtale vil stille. Fusjonen er et strukturelt grep som også bidrar til å opprettholde norsk matvareproduksjon til glede for norske forbrukere og det norske samfunn i et større perspektiv.

5. KONKURRANSETILSYNETS KOMMENTARER TIL KLAGEN

Under dette punkt gjengis hovedtrekkene i Konkurransetilsynets brev av 20. juli 2006.

Konkurransetilsynet har i brev av 20. juli vurdert klagen og kommet til at den ikke fører frem. Tilsynet har således ikke funnet grunn til å endre sitt vedtak. Etter tilsynets oppfatning har tilsynet kjent til de innsigelser som klager har fremmet. Tilsynet har derfor vurdert og tatt hensyn til innsigelsene i sitt vedtak. I vurderingen av klagen har tilsynet i stor grad begrenset seg til å vise til hvor i vedtaket tilsynet har vurdert innsigelsene. Der klager har framsatt nye anførsler har tilsynet i den grad det er hensiktsmessig gitt utdypende merknader.

Konkurransetilsynet har vurdert følgende forhold:

- Det rettslige vurderingstemaet
- Utredningsplikt og krav til sannsynliggjøring
- Avgrensning av det relevante markedet
- Konkurransesituasjonen før ervervet
- Gildes framtidige etablering
- Konkurransmessige virkninger av fusjonen
- Effektivitetstapet
- Effektivitetsgevinster
- Vedtakets forholdsmessighet
- Andre samfunnsmessige hensyn

5.1 Det rettslige vurderingstemaet

Konkurransetilsynet avviser i sin helhet partenes innsigelser til forståelsen av det rettslige grunnlaget for vedtaket. Hvilke prinsipper som gjelder for vurderingen fremgår av vedtaket i punkt 5.1 på side 9 – 10 og i punkt 5.3.1 på side 21 – 22. Tilsynet har i oversendelsen av klagen likevel gjort nærmere rede for den vurdering som skal foretas ved en foretakssammenslutning mellom to potensielle konkurrenter.

Etter tilsynets oppfatning skal det ved vurderingen av hvilke virkninger en sammenslutning mellom potensielle konkurrenter har, foretas en tilsvarende konkurranseanalyse som ved vurderingen av en sammenslutning mellom faktiske konkurrenter. Dette følger av at det er en nær sammenheng mellom den disiplinerende effekt som

skriver seg fra faktiske konkurrenter, og den som skriver seg fra potensielle konkurrenter. Tilsynet mener at dette er i samsvar med retningslinjer og rettspraksis fra EU og amerikanske retningslinjer for behandling av fusjoner.

5.2 Utredningsplikt og krav til sannsynliggjøring

Konkurransetilsynet deler partenes syn om at det stilles et strengt krav til saksutredning i en sak som leder til et vedtak av inngripende karakter. Det har tilsynet gjort i denne saken, og det er ikke grunnlag for å hevde at utredningsplikten ikke er oppfylt. Det er fremskaffet betydelig dokumentasjon fra partene og andre, og tilsynet har gjennomført flere runder med informasjonsinnhenting blant aktørene i kjøtt- og fjørfemarkedene. Herunder er det foretatt en omfattende kartlegging av markedsforhold, etableringshindre og -muligheter mv.. Konkurransetilsynet er derfor av den oppfatning at kravet til saksutredning er oppfylt.

Etter Konkurransetilsynets oppfatning synes klagers anførsel om at sakens inngripende karakter i seg selv medfører et skjerpet beviskrav å mangle rettslig grunnlag. Det kan verken utledes av ordlyden i § 16 eller forarbeidene til denne bestemmelsen at det stilles strengere krav til sannsynliggjøring i slike saker. I rettspraksis fra forvaltningsrettens område blir også et slikt synspunkt avvist. Det er følgelig vanskelig å se at det på konkurranserettens område kan gjøres unntak fra det alminnelige beviskrav som gjelder for forvaltningens avgjørelser. Konkurransetilsynet har derfor tatt utgangspunkt i det alminnelige beviskravet.

Konkurransetilsynet er heller ikke enig i at avgjørelser fra EU-domstolen oppstiller noe krav til skjerpet bevis i saker vedrørende fusjoner med potensielle konkurrenter.

5.3 Avgrensning av det relevante markedet

Etter Konkurransetilsynets oppfatning viser konkurranseanalysen i vedtaket at det er i markedet for foredlede fjørfeprodukter Gilde utgjør størst disiplinerende faktor før fusjonen, og at det er i dette markedet Gilde mest sannsynlig vil etablere seg først. På denne bakgrunn har Konkurransetilsynet konsentrert analysen om virkningene i dette markedet. Det er i tillegg stor grad av vertikal integrasjon i fjørfemarkedet og således en begrenset konkurranseflate mellom aktørene oppstrøms. Det kan imidlertid ikke utelukkes at Gilde også kan være en potensiell konkurrent i oppstrømsmarkedene. Denne virkningen har imidlertid tilsynet ikke vektlagt i vedtaket.

Slik tilsynet ser det, er partene nær ved å inngå i det samme relevante markedet for foredlede produkter. Graden av etterspørsels- og tilbudssubstitusjon er imidlertid ikke tilstrekkelig umiddelbar til at tilsynet har funnet å kunne basere analysen på at de inngår i samme marked. Konkurransetilsynet har av den grunn funnet det mest hensiktsmessig å vurdere den disiplinerende effekten fra Gilde som potensiell konkurrent i fjørfemarkedet. Analysen av potensiell konkurranse dreier seg i all hovedsak om en vurdering av markedsstrukturelle forhold. Disse vil gjøre seg gjeldende på samme måte overfor alle foredlede fjørfeprodukter, og således vil Gilde

kunne være en potensiell konkurrent til alle typer foredlede fjørfeprodukter. Siden det ikke er av avgjørende betydning for konkurranseanalysen, har tilsynet ikke funnet det nødvendig å ta endelig stilling til avgrensningen av markedet for foredlede produkter.

5.4 Konkurransesituasjonen før ervervet

Konkurransetilsynet kan ikke se at klager har kommet med vesentlige nye anførsler på dette punkt. Partenes anførsler er vurdert og tatt hensyn til i vedtaket under punkt 5.2. Her fremgår det at tilsynet har funnet at konkurransen i fjørfemarkedet er vesentlig begrenset før fusjonen. Konkurransetilsynet kan ikke se at klagen gir grunn til å endre sitt syn. Tilsynet har likevel kommentarer til klagers anførsler hva gjelder potensiell konkurranse og kundenes preferanser.

Analysen av potensiell konkurranse beror på en vurdering av etableringsvilkårene og hvilke aktører som eventuelt kan overvinne disse. Om en aktør kan antas å utgjøre en potensiell konkurrent vil etter tilsynets oppfatning i all hovedsak avgjøres på grunnlag av en vurdering av objektive kriterier. Konkurransetilsynet er således uenig med klager i at det er av avgjørende betydning for vurderingen om konkurrentene eller den andre fusjonsparten oppfatter Gilde som en potensiell konkurrent. I tillegg kan konkurrentene ofte ha interesse i at en foretakssammenslutning gjennomføres. Prior har for eksempel en åpenbar interesse i at fusjonen gjennomføres, og eventuelle uttalelser fra Prior må vurderes i lys av dette.

Kundene har etter Konkurransetilsynets syn ikke tilsvarende interesser i at en foretakssammenslutning gjennomføres. Flere av kundene til Gilde og Prior er av den oppfatning at graden av substitusjon mellom rødt kjøtt og fjørfekjøtt vil øke desto mer prosessert produktet er. Kundene synes således å være av den oppfatning at det er en viss konkurranseflate mellom Gilde og Prior før fusjonen, slik at Gilde utøver et konkurransepress overfor aktørene i fjørfemarkedet.

Når det gjelder kundenes behov for landsdekkende leveranser, er Konkurransetilsynet enig med klager i at flere høringsuttalelser tyder på at landsdekkende distribusjon ikke er viktig for de fleste dagligvarekjedene. Dagligvarekjedene står, slik tilsynet oppfatter det, i stadig større grad selv for distribusjonen av ferskvarer som foredlede fjørfeprodukter. Det vil likevel være avgjørende for kjedene at leverandørene kan tilby store nok volum av fjørfeprodukter til å være landsdekkende, og at de har et salgskorps som kan være til stede i butikkene på landsbasis. Det er således leverandørenes *volum* som må være stort nok til å være landsdekkende. Dette kommer også frem av hørings-svarene. I dagens markedssituasjon er det bare Prior og Cardinal Foods/Den Stolte Hane som har stor nok produksjon av fjørfeprodukter til å kunne tilby dagligvarekjedene tilstrekkelig volum.

5.5 Gildes framtidige etablering

Konkurransetilsynet mener å ha foretatt en grundig gjennomgang av den dokumentasjon som foreligger om Gildes planer for å etablere seg i fjørfemarkedet og viser til omtalen av dette i vedtaket.

Tilsynet påpeker at det ikke er et vilkår for inngrep at det kan påvises konkrete planer for etablering. Etter tilsynets vurdering viser imidlertid den foreliggende dokumentasjon at Gilde må anses for å ha slike planer. Den beskrevne dokumentasjonen styrker etter tilsynets oppfatning dets konklusjoner i konkurranseanalysen.

5.6 Konkurransmessige virkninger av fusjonen

Etter Konkurransetilsynets oppfatning har ikke klager kommet med vesentlige nye anførsler til det materielle innholdet i virkningsanalysen. Tilsynet viser derfor til sin vurdering av de konkurransmessige virkningene av fusjonen i vedtaket. Tilsynet mener at det går klart fram under pkt. 5.3.3 i vedtaket – *Virkningene av bortfall av Gildes potensielle etablering* – at det der foretar en helhetlig vurdering av de konkurransmessige virkningene av fusjonen, selv om overskriften er noe uklar.

5.7 Effektivitetstapet

Konkurransetilsynet avviser klagers innsigelse til vurderingen av det samfunnsøkonomiske tapet. Det viser til vedtaket, hvor det redegjøres for hvorfor klagers beregninger av øvre grense for et samfunnsøkonomisk tap ikke kan betraktes som en endelig øvre grense for tap. Tilsynet forklarer her at det er stor usikkerhet knyttet til forutsetningene partene har lagt til grunn for sine anslag. Konkurransetilsynet presiserer at partenes beregninger kun varierer med grad av etablering fra Gildes side i fjørfemarkedet, mens øvrige forutsetninger holdes konstante. Etter Konkurransetilsynets vurdering kan en slik metode vanskelig sies å fastlegge en øvre grense for det samfunnsøkonomiske tapet.

5.8 Effektivitetsgevinster

Konkurransetilsynet tilbakeviser at det er stilt for strenge krav til partenes dokumentasjon. Det er i vedtaket redegjort for hvilke krav Konkurransetilsynet har stilt til dokumentasjon. I tråd med praksis er det et krav at gevinstene er tilstrekkelig godt dokumentert og konkretisert, hvilket etter tilsynets vurdering i liten grad er oppfylt. Tilsynet kan ikke se at disse vurderingene er for strenge.

Når det gjelder den relevante tidshorizonten for gjennomføring av effektivitetsgevinster, viser Konkurransetilsynet til at det har lagt den samme tidsramme til grunn som ved vurderingen av de konkurranseskadelige virkninger av fusjonen. Tilsynet bemerker videre at jo lenger frem i tid effektivitetsgevinstene vil bli realisert, desto mer usikre vil de være.

Konkurransetilsynet mener videre at det har vurdert og tatt hensyn til klagers erfaringer fra liknende prosesser. Slike erfaringer må imidlertid etter tilsynets oppfatning ses i lys av eventuelle konkrete planer for den forestående fusjonen.

Konkurransetilsynet fastholder ved oversendelsen av klagen at lavere innkjøpspriser fra utenlandske leverandører ikke kan regnes som samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster. Det viser for øvrig til begrunnelsen for dette i vedtaket.

Etter Konkurransetilsynets oppfatning har tilsynet i vedtaket redegjort for hvorfor fusjonen fører til kompleksitetskostnader som skal trekkes fra ved beregningen av de samfunnsøkonomiske gevinstene som følger av fusjonen.

5.9 Vedtakets forholdsmessighet

Konkurransetilsynet har i oversendelsen av klagen pekt på at det i første rekke er opp til partene å komme med forslag til tiltak som kan avhjelpe de konkurranseskadelige virkningene av sammenslutningen. Det har partene ikke gjort til tross for at de gjennom det begrunnede varselet har fått en oppfordring til dette. Heller ikke i klagen har partene redegjort for hvilke avhjelpende tiltak som kunne vært gitt som vilkår for å godkjenne fusjonen. Konkurransetilsynet har ikke funnet at anførselene knyttet til forholdsmessighet gir grunnlag for å endre konklusjonen om at vedtaket ikke er et uforholdsmessig inngrep.

5.10 Andre samfunnsmessige hensyn

Konkurransetilsynet har ikke formell kompetanse til å vurdere om en fusjon som tilsynet har forbudt, likevel skal tillates fordi saken har prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning. Denne kompetansen ligger etter konkurranseloven § 21 til Kongen i statsråd. Klager har imidlertid tatt opp slike spørsmål i sin klage. Tilsynet har derfor knyttet noen kommentarer til de enkelte anførsler.

Etter Konkurransetilsynets oppfatning vil det gå flere år før produksjon av fjørfe og produkter av fjørfe vil møte importkonkurransen av betydning. Det skyldes det høye tollvernet på disse produktene som neppe vil bli redusert før det foreligger en ny WTO-avtale. Dette er nå svært usikkert. I tillegg vil det på grunn av lange overgangsperioder gå flere år fra det er inngått en eventuell ny avtale til importen kan gi økt konkurranse. Etter Konkurransetilsynets vurdering vil det frem mot en eventuell situasjon med betydelig svakere importvern og økt konkurranse fra utlandet være viktig at konkurransen i det norske markedet ikke svekkes.

Konkurransetilsynet kan heller ikke se at fusjonen vil bidra til å oppfylle jordbruksavtalens forutsetninger om kostnadsbesparelser i næringsmiddelindustrien. Etter tilsynets vurdering vil fusjonen ikke føre til vesentlige samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster, og at det normalt legges til grunn at et lavere konkurransepress og høyere priser kan medføre mindre effektivitet eller slakk.

Videre mener Konkurransetilsynet at klager ikke har sannsynliggjort at fusjonen vil medføre noen effektivitetsgevinst tilknyttet markedsreguleringsfunksjonene til Gilde og Prior.

Endelig avviser Konkurransetilsynet partenes påstand om at en fusjon mellom Gilde og Prior vil komme forbrukerne til gode. Det viser til vurderingen av de konkurransemessige virkningene av fusjonen i vedtaket. Der fremgår det at en fusjon mellom Gilde og Prior kan gi en betydelig negativ virkning på kostnader og effektivitet, produktutvikling, kvalitet og pris på produktene som tilbys i markedet for foredledede fjørfeprodukter. Fusjonen vil heller ikke medføre noen samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster av betydning som vil komme forbrukerne til gode.

6. KLAGERS BREV AV 1., 12. OG 15. SEPTEMBER 2006 TIL DEPARTEMENTET

I brev av 1. september 2006 avviser klager at det er aktuell konkurranse mellom Gilde og Prior i markedet for foredledede fjørfeprodukter. Videre har klager i brev av 15. september 2006 gitt sine vurderinger knyttet til et inngrep på alternativt grunnlag enn det som følger av Konkurransetilsynets vedtak. Det nevnes også at klager i brev av 12. september d.å. har gitt utdypende kommentarer med hensyn til virkningene av fusjonen for norske forbrukere.

7. DEPARTEMENTETS VURDERINGER

7.1 Innledning

Innledningsvis vil departementet kort redegjøre for den videre fremstillingen. I punkt 7 foretar departementet en prøving av Konkurransetilsynets vedtak og om det finnes andre begrunnelser for å gripe inn mot fusjonen. I punkt 8 følger departementets konklusjon og vedtak.

Under punkt 7.2 redegjør departementet for saksbehandlingen i klagesaken. I punkt 7.3 følger en omtale av det rettslige vurderingstemaet. Under punkt 7.4 følger departementets vurdering av markedsavgrensingen. Videre foretar departementet i punkt 7.5 en vurdering av konkurransesituasjonen i markedet for foredlet fjørfekjøtt før fusjonen. I punkt 7.6 vurderes virkningene av fusjonen mellom Gilde og Prior i markedet for foredlet fjørfekjøtt. Endelig gir departementet i punkt 7.7 uttrykk for sitt syn på noen av de spørsmål som reises som følge av Konkurransetilsynets og klagers vurderinger av de samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinstene og -tapene som følger av fusjonen.

7.2 Departementets saksbehandling

Departementet mottok klagen og Konkurransetilsynets merknader til klagen 21. juli 2006.

Departementet har hatt fire møter med partene. Det har også vært avholdt to møter med Prior sin største konkurrent (Cardinal Foods/Den Stolte Hane). Departementet har videre ved brev av 18. august innhentet informasjon fra dagligvarekjedene ICA Norge AS, NorgesGruppen ASA, Coop Norge AS og REMA 1000 Norge AS.

Departementet mottok svar fra dagligvarekjedene i uke 34 og hadde møter med disse i uke 35. Videre har departementet hatt tre møter med Konkurransetilsynet. Saken er også forelagt Barne- og likestillingsdepartementet, Landbruk- og matdepartementet og Nærings- og handelsdepartementet. Departementet mottok svar fra disse i uke 32 og 33.

7.3 Det rettslige vurderingstemaet

Etter konkurranseloven § 16 skal Konkurransetilsynet "*gripe inn mot en foretaks-sammenslutning dersom tilsynet finner at den vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål.*" Konkurransetilsynet har funnet at fusjonen mellom Gilde og Prior forsterker en vesentlig konkurransebegrensning i markedet for foredlet fjørfe. Tilsynet har begrunnet inngrepet med at fusjonen mellom Gilde og Prior fører til at Gilde bortfaller som potensiell konkurrent til Prior i markedet for foredlet fjørfekjøtt og at en sannsynlig fremtidig etablering av Gilde i dette markedet ikke vil finne sted.

Departementet er enig med tilsynet i at en foretakssammenslutning mellom potensielle konkurrenter vil kunne føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen og således begrunne et inngrep etter konkurranseloven § 16.

Forarbeidene⁵ til konkurranseloven omtaler ikke direkte denne situasjonen, men har uttalelser som impliserer at et erverv av en potensielle konkurrent vil kunne omfattes av loven § 16. I Konkurransetilsynets retningslinjer til konkurranseloven fra 1996 er potensiell konkurranse direkte omtalt.⁶ Punkt 3.2.2. i retningslinjene viser til at erverv av en potensiell konkurrent kan ha konkurransebegrensende virkninger som skal vurderes. Det fremgår av forarbeidene til dagens konkurranselov at disse retningslinjene fortsatt har betydning.⁷ I vurderingen av om inngrepsvilkåret i konkurranseloven § 16 er oppfylt er det også relevant å se hen til retningslinjer og praksis fra utenlandsk rett. Disse kan gi veiledning ved å operasjonalisere konkurranseøkonomiske vurderinger knyttet til potensiell konkurranse. I denne forbindelse viser departementet blant annet til EU-kommisjonens retningslinjer for vurdering av horisontale erverv⁸ punkt 58-60 som gir begrunnelser for å gripe inn mot erverv av en potensiell konkurrent. Også U.S. Department of Justice sine retningslinjer for vurdering av ikke-horisontale fusjoner omhandler i kapittel 4.1 eliminering av potensielle konkurrenter.⁹

⁵ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) pkt. 3.6.3 og NOU 2003: 12 pkt. 5.4.1.

⁶ Konkurransetilsynets retningslinjer for inngrep mot bedriftserved av 4. november 1996

⁷ Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) s. 229.

⁸ Retningslinjer for vurdering av horisontale fusjoner etter Rådets forordning om kontroll med fusjoner og foretakssammenslutninger, 2004/C 31/03.

⁹ U.S. Department of Justice, Non-Horizontal Merger Guidelines av 14. juni 1984.

Departementet kan i klagesaksbehandlingen prøve alle sider av saken, og har i denne saken også vurdert om det eventuelt kan gripes inn mot fusjonen med en annen begrunnelse enn tilsynet har lagt til grunn i sitt vedtak. Departementet har vurdert om det foreligger ett eller flere felles produktmarkeder for foredlet fjørfekjøtt og rødt kjøtt. I tilfelle må fusjonen mellom Gilde og Prior vurderes som en fusjon mellom aktuelle konkurrenter. Videre har departementet vurdert om det fusjonerte selskapet kan styrke sin markedsrett på grunn av sin samlede posisjon i markedene for rødt og hvitt kjøtt.

7.4 Avgrensning av de relevante markedene

7.4.1 Relevante produktmarkeder

Klager og Konkurransetilsynet er i det alt vesentlige enige i avgrensningen av de relevante produktmarkeder.

I tilsynets vedtak er det opplyst at EU-Kommisjonen i tidligere saker har lagt til grunn at foredlede produkter fra ulike røde kjøttslag og fjørfe ikke er i samme marked.¹⁰ Videre mener tilsynet at flere forbrukerundersøkelser tyder på det samme. Konkurransetilsynet antar at det for forbruksklare stykker av fjørfe og de øvrige dyreslagene foreligger separate markeder. Tilsynet har vært mer usikre i forhold til foredlede produkter. De har derfor utført en såkalt SSNIP-test som er en metode for å vurdere om to produkter er i samme marked eller ikke.¹¹ Testen kunne ikke påvise tilstrekkelig grad av substitusjon mellom foredlede produkter basert på kjøtt fra fjørfe og de andre dyreslagene til at disse kan antas å være i samme marked. Når det gjelder prosesserte produkter av fjørfekjøtt og rødt kjøtt, er Konkurransetilsynet derfor fortsatt av den oppfatning at det er en viss usikkerhet om disse er tilstrekkelig nære substitutter til at produktene er i samme marked. Konkurransetilsynet har derfor i sitt vedtak ikke konkludert endelig med hensyn til om foredlede produkter fra fjørfekjøtt og rødt kjøtt er i samme marked. Dette var etter tilsynets oppfatning ikke nødvendig, fordi begrunnelsen for tilsynets inngrep er at fusjonen fører til at Gilde bortfaller som potensiell konkurrent til Prior i markedet for foredlede fjørfeprodukter.

Etter departementets oppfatning ville det kunne ha betydning i saken om Gilde og Prior er faktiske konkurrenter i ett eller flere produktmarkeder. Dersom Gilde og Prior er faktiske konkurrenter i samme produktmarked, ville dette kunne gi en annen begrunnelse for et eventuelt inngrep etter konkurranseloven § 16. Departementet har derfor foretatt ytterligere undersøkelser knyttet til Konkurransetilsynets markedsavgrensning. Departementet har blant annet vært i kontakt med tilsynet med henblikk på å få vurdert om en mer detaljert SSNIP-test kunne ført til et annet resultat med hensyn

¹⁰ Se særlig sak M. 1313 Danish Crown / Vestjyske slagterier.

¹¹ En SSNIP-test er en metode for å vurdere om to produkter er i samme marked eller ikke. Testen går i prinsippet ut på at en undersøker om det er lønnsomt for en hypotetisk monopolist på varig basis å gjennomføre en liten, men merkbar (5-10%) prisøkning i et antatt relevant marked. Hvis dette ikke er lønnsomt fordi etterspørerne da skifter til et annet konkurrerende produkt, så må dette produktet inkluderes i det antatte relevante markedet. Markedet utvides til prisøkningen er lønnsom. De produktene som da er inkludert, utgjør det relevante produktmarkedet. Dette kan gjøres ved økonometriske metoder.

til markedsavgrensningen. På bakgrunn av dialogen med tilsynet har departementet kommet til at det ikke er grunn til å anta at ytterligere undersøkelser ville ha ført til et annet eller et mer entydig resultat enn det som Konkurransetilsynet legger til grunn i sitt vedtak. Departementet har også spurt dagligvarekjedene ICA Norge AS, NorgesGruppen ASA, Coop Norge AS og REMA 1000 Norge AS om deres oppfatning av om ulike foredlede produkter av hvitt og rødt kjøtt er i samme marked. Utsagnene fra kjedene spriker og gir ikke grunnlag for en konklusjon om at det foreligger ett eller flere felles markeder for foredlede produkter.

Samlet sett mener departementet, basert på de opplysninger som foreligger i saken, at det er mest sannsynlig at det ikke er et felles marked for foredlede produkter basert på fjørfekjøtt og rødt kjøtt. Departementet legger således, som Konkurransetilsynet, til grunn for sin behandling at det ikke på noe ledd i verdikjeden er et felles marked for fjørfekjøtt og rødt kjøtt. Følgelig har departementet kommet til at det ikke er grunnlag for å gripe inn overfor fusjonen mellom Gilde og Prior med en begrunnelse som bygger på at disse er konkurrenter i et felles marked.

7.4.2 Relevante geografiske markeder

Departementet kan ikke se at klager direkte imøtegår Konkurransetilsynets oppfatning av at det relevante markedet er nasjonalt. Klager peker imidlertid på utviklingstrekk som tyder på at markedet over tid kan åpnes for økt importkonkurranse. Departementet er enig med tilsynet i at en importkonkurranse av noen betydning eventuelt ligger så langt fram i tid, at det i denne saken må legges til grunn at alle markedene i verdikjeden for fjørfeprodukter er nasjonale.

7.5 Konkurransesituasjonen i markedet for foredlet fjørfekjøtt før fusjonen

Konkurransetilsynet mener at fusjonen har størst konkurransemessig virkning i markedet for foredlede fjørfeprodukter. Departementet er enig i dette og har derfor konsentrert sin videre konkurranseanalyse til dette markedet.

Departementet er i det alt vesentlige enig i Konkurransetilsynets vurderinger av konkurransesituasjonen i fjørfemarkedet før fusjonen, som redegjort for foran i punkt 3.2.1 og 5.4.

I likhet med tilsynet legger departementet vekt på at det er etableringshindringer i dette markedet. De to store aktørene Prior og Cardinal Foods/Den Stolte Hane er begge vertikalt integrerte med kontroll over verdikjeden fra levende dyr til ferdige produkter. En ny konkurrent må derfor, for å kunne konkurrere på like vilkår med disse, etablere seg i hele verdikjeden inkludert kontroll over produksjon av levende fjørfe. Det innebærer blant annet omfattende og ugjenkallelige investeringer i slakteri-virksomhet og at den nye aktøren kan knytte til seg tilstrekkelig mange produsenter av levende fjørfe til at en slik investering blir lønnsom. Departementet har også opplysninger om at det er overkapasitet av kyllingslakterier. Det øker i tilfelle risikoen

ved en slik investering, og gjør det mindre sannsynlig at en ny aktør vil foreta en slik investering på kort sikt.

Departementet er videre enig med tilsynet i at tilgangen til omsetningskanaler virker etableringshindrende i dette markedet. Videre mener departementet, i likhet med tilsynet, at dagligvarekjedenes kjøpermakt ikke er sterk nok til å motvirke leverandørmakten i markedet for foredlet fjørfekjøtt.

Departementet har også vurdert om muligheten for en begrenset etablering basert på at en ny aktør kjøper råvarer fra Prior eller Cardinal Foods/Den Stolte Hane medfører at markedet ikke er vesentlig begrenset før fusjonen. Departementet antar at det er flere aktører, for eksempel produsenter av foredlede produkter basert på rødt kjøtt som har tilstrekkelig teknologi og markedsadgang til å foreta en slik etablering. Disse vil imidlertid være avhengig av sine viktigste konkurrenter for å skaffe seg råvarer. Departementet kan ikke se at muligheten for en slik etablering er tilstrekkelig til at markedet ikke er vesentlig begrenset.

7.6 Virkningene av fusjonen mellom Gilde og Prior

7.6.1 Virkningene av at Gilde ikke etablerer seg og bortfaller som potensiell konkurrent

For å vurdere om fusjonen fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen, må en sammenlikne en fremtidig utvikling der Prior og Gilde ikke fusjonerer med en situasjon der fusjonen blir gjennomført.

Etter Konkurransetilsynets oppfatning er det mest sannsynlig at Gilde vil etablere seg i begrenset omfang i markedet for foredlet fjørfekjøtt dersom fusjonen ikke blir gjennomført. Departementet er enig i dette. Gilde har kapasitet til å produsere foredlede produkter, tilgang til distribusjonskanaler og andre aktiva som gjør dem i stand til å foreta en begrenset etablering. Videre satte styret i Gilde ned en intern arbeidsgruppe som skulle vurdere alternative strategier for Gilde dersom fusjonen med Prior ikke kom i stand. Dette viser etter departementets oppfatning at styret i Gilde ikke var fremmed for å etablere seg i konkurranse med Prior. Rapporten fra denne arbeidsgruppen viser at det kan være både lønnsomt og aktuelt for Gilde å etablere seg i et begrenset omfang i markedet for foredlet fjørfe med produkter basert på råvarer fra enten Prior eller Cardinal Foods/Den Stolte Hane. I rapporten anbefales i så tilfelle at Gilde velger produkter som ikke direkte utfordrer Prior i markedet for fjørfeprodukter. Selv om besluttsende organer i Gilde ikke har behandlet rapporten, finner departementet det mest sannsynlig at Gilde dersom fusjonen ikke finner sted, vil etablere seg i et begrenset omfang i markedet for foredlet fjørfekjøtt. Det er således denne sannsynlige markedsutviklingen som skal sammenliknes med utviklingen i et marked der Gilde og Prior har fusjonert.

Dersom Gilde foretar en slik begrenset etablering, vil selskapet være avhengig av å kjøpe råstoff av enten Prior eller Cardinal Foods/Den Stolte Hane til priser som gjør det

lønnsomt for disse å selge råstoff til Gilde. Dette vil sette grenser for hvor effektivt Gilde kan konkurrere med Prior i markedet for foredlede fjørfeprodukter. Sett fra Priors ståsted vil Gildes etablering i et slikt tilfelle primært føre til en mer effektiv foredling og distribusjon av fjørfekjøtt, og således øke verdien av Priors fjørfeslakt. En slik begrenset etablering fra Gilde i markedet for foredlede fjørfeprodukter vil ikke i seg selv ha noen disiplinerende effekt på Priors priser på foredlede produkter. Det samme gjelder for Priors kostnadseffektivitet, innovasjon og produktutvikling. Det er derfor heller ikke sannsynlig at bortfall av en begrenset etablering fra Gildes side som følge av fusjonen, vil forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i markedet for foredlet fjørfekjøtt.

I sitt vedtak har Konkurransetilsynet videre lagt til grunn at en begrenset etablering i fjørfemarkedet vil redusere Gildes etableringshindre for et mer omfattende innrykk i fjørfemarkedet på noe lengre sikt, der Gilde står for egen råvareproduksjon av fjørfe og ikke er avhengig av Prior eller andre på råvaresiden. Departementet er imidlertid ikke enig i at det er sannsynlig at Gilde har insentiv, eller kan oppfattes å ha insentiv, til å gjøre en slik etablering innenfor et tilstrekkelig kort tidsrom til at dette gir grunnlag for et inngrep etter konkurranseloven § 16. Dette kommer særlig av at Gilde ved en slik etablering må gjøre omfattende og ugjenkallelige investeringer i produksjonsutstyr m.m. Det vises her til tilsynets egen vurdering av etableringshindringer ved full vertikal integrasjon i fjørfemarkedene. Departementet har som nevnt foran i punkt 7.5 også opplysninger om at det er overkapasitet av kyllingslakteri. Det øker i tilfelle risikoen ved en slik investering, og gjør det enda mindre sannsynlig at Gilde vil foreta en slik investering på kort sikt.

På denne bakgrunn mener departementet at det ikke kan legges til grunn at en begrenset etablering fra Gilde vil redusere selskapets etableringshindre på en slik måte at Gilde da får en disiplinerende virkning på Priors atferd innenfor et tilstrekkelig kort tidsrom.

Samlet sett medfører dette at selv om fusjonen innebærer at Gilde verken vil foreta en begrenset etablering i markedet for foredlet fjørfekjøtt på kort sikt, eller en mer omfattende etablering i hele verdikjeden på lengre sikt, så forsterker ikke dette en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål. Vilkåret for å gripe inn mot fusjonen etter konkurranseloven § 16 første ledd er derfor ikke oppfylt. Følgelig kan ikke departementet opprettholde Konkurransetilsynet sitt vedtak om å forby fusjonen mellom Gilde og Prior med den begrunnelse som tilsynet har gitt.

7.6.2 Andre begrunnelser for å gripe inn overfor fusjonen

Departementet kan som ledd i klagesaksbehandlingen prøve alle sider av saken. Departementet har derfor også vurdert om et inngrep mot fusjonen kan begrunnes på en annen måte enn det som følger av Konkurransetilsynets vedtak.

Som nevnt i punkt 7.4.1 ovenfor har departementet særlig vurdert om det foreligger et felles marked for fjørfekjøtt og rødt kjøtt produkter, men har ikke funnet dette tilstrekkelig sannsynliggjort.

Departementet har også vurdert om fusjonen mellom Gilde og Prior kan føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i markedet for foredlet fjørfekjøtt eller markedet for foredlet rødt kjøtt. Departementet har blant annet undersøkt om fusjonen øker Gilde Priors leverandørmakt på grunn av sin samlede størrelse i markedene for rødt og hvitt kjøtt. Det kan blant annet skje ved at det fusjonerte selskapet får økt evne til produktkobling som følge av et bredere produktsortiment, eller kunne overføre markedsmakt fra ett markedet til et annet ("leveraging"). For å vurdere dette nærmere har departementet innhentet informasjon fra dagligvarekjedene. Disse har imidlertid ikke gitt opplysninger som er tilstrekkelige til å sannsynliggjøre at fusjonen på denne måten vil føre til eller forsterke en vesentlig konkurransebegrensning i de aktuelle markedene. Departementet har også lagt vekt på at den mest aktuelle måten for en slik utøvelse av leverandørmakt vil være atferd som er i strid med konkurranseloven § 11. Oppdagelsesrisikoen ved slike handlinger vil være relativt stor, og departementet antar derfor at forbudet i konkurranseloven § 11 vil ha tilstrekkelig preventiv virkning for å hindre slik atferd.

Departementet har videre sett på om det likevel er konkurranse mellom Gilde og Prior som begrenses, selv om aktørene verken er aktuelle konkurrenter i samme relevante marked eller potensielle konkurrenter.¹² Dette kan være situasjonen hvis aktørene opptrer i nabomarkeder der det foreligger en substitusjon mellom produktene i markedene, men som likevel ikke er tilstrekkelig til at de inngår i samme relevante marked. I en slik situasjon kan et felles marked være under utvikling. Eventuelle konkurransebegrensende virkninger av en sammenslutning av foretak som er i hvert sitt nabomarked vil først og fremst gjøre seg gjeldende der konkurransen i de to nabomarkedene allerede er begrenset i utgangspunktet og de aktuelle foretakene har en sterk posisjon i hvert sitt marked. Departementet har vurdert om det kan være grunnlag for å gripe inn mot Gildes oppkjøp av Prior med en slik begrunnelse, men har ikke kunnet sannsynliggjøre slike konkurransebegrensende virkninger av foretaks-sammenslutningen.

7.7 Samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster

Konkurransetilsynet har i vedtaket foretatt en forholdsvis omfattende drøftelse av de samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster og -tap som følger av fusjonen. Klager har også omfattende anførsler om det samme. På denne bakgrunn vil departementet gi uttrykk for sitt syn på noen av de spørsmål som er reist. Departementet vil påpeke at drøftelsen under dette punkt ikke er nødvendig for departementets vedtak i klagesaken.

¹² Sak M. 2416 I TetraLaval/Sidel grep Kommisjonen inn mot en foretakssammenslutning mellom to aktører som befant seg i hvert sitt nabomarked. I denne saken var det et poeng at produktene konvergente mot samme marked som følge av produktutvikling. Domstolen opphevet Kommisjonens vedtak på grunn av manglende dokumentasjon, men uttalte at et inngrepet generelt sett kunne være mulig på dette grunnlaget.

Konkurransetilsynet skal etter konkurranselovens § 16 gripe inn mot en foretakssammenslutning dersom tilsynet finner at den vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål. Dette omtales som det primære inngrepvilkåret. Lovens formål er å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser. Dette omtales som det sekundære inngrepvilkåret. Det sekundære vilkåret fører til at det er nødvendig å avveie tapet som følger av redusert konkurranse mot mulige samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster som følger av fusjonen.

Som nevnt foran under punkt 3.3, 5.7 og 5.8 er Konkurransetilsynet uenig med klager i hvordan det samfunnsøkonomiske tapet som følge av redusert konkurranse skal godtgjøres, hvilke bedriftsøkonomiske gevinster som skal regnes som samfunnsøkonomiske, hvordan disse skal beregnes, hvilke krav det skal stilles til anslag på slike gevinster og hvordan avveilingen mellom vinning og tap skal gjøres.

Departementet er enig med Konkurransetilsynet i at utgangspunktet er at partene må sannsynliggjøre de samfunnsøkonomiske gevinstene ved foretakssammenslutningen. Slike effektivitetsgevinster har som regel sin årsak i bedriftsøkonomiske besparelser som partene har best oversikt over. Det er Konkurransetilsynet som må begrunne det samfunnsøkonomiske tapet. I denne vurderingen vil det være vanskelig for tilsynet å gi kvantitative anslag. Dette må derfor anslås kvalitativt slik tilsynet har gjort i denne saken. Det innebærer at selv om det kan gis et kvantitativt anslag på størrelsen av de samfunnsøkonomiske gevinstene, må imidlertid avveilingen mellom tap og gevinst bli skjønnsmessig. Som påpekt i retningslinjene til Konkurransetilsynet fra 1996,¹³ vil tilsynet i den skjønnsmessige avveilingen være mer restriktiv desto sterkere konkurransen blir redusert. Grunnen til dette er at redusert konkurranse svekker partenes insentiver til faktisk å realisere de påberopte gevinstene. Dette innebærer at ved et erverv med antatt sterke konkurransebegrensende virkninger, må de forventede effektivitetsgevinstene være betydelige for at tilsynet skal legge til grunn at det primære inngrepvilkåret etter konkurranseloven § 16 likevel ikke er oppfylt. Det vil derfor bare være i de saker der det kan være tvil om hvordan denne avveilingen faller ut, at det er nødvendig med en detaljert gjennomgang av de effektivitetsgevinster som følger av fusjonen og en sannsynliggjøring av at disse vil bli realisert.

Departementet er derimot enig med klager i at det ikke kan stilles så strenge krav til sannsynliggjøring av effektivitetsgevinster at dette vil komme i konflikt med eksempelvis ansattes rettigheter etter Hovedavtalen, arbeidsmiljøloven eller annet relevant regelverk. Konkurransetilsynets krav til sannsynliggjøring av gjennomføringsplaner må derfor vurderes innenfor rammen av dette regelverket.

¹³ Konkurransetilsynets retningslinjer for inngrep mot bedriftserverv av 4. november 1996, punkt 4.4.

Klager har hevdet at reduserte innkjøpspriser på innsatsfaktorer kjøpt i utlandet skal regnes med blant effektivitetsgevinstene som følger av fusjonen. Etter departementets oppfatning er utgangspunktet at det bare er rene effektivitetsgevinster og ikke overføringer mellom kjøper og selger ved at prisene endres som skal legges til grunn for den konkurranserettslige vurderingen. Reduserte innkjøpspriser som bare skyldes at det fusjonerte selskapet har økt sin kjøpermakt, skal med andre ord ikke regnes med i effektivitetsgevinstene. Reduserte innkjøpspriser som skyldes mer effektive innkjøp skal derimot regnes med. Denne saken reiser spørsmål om dette stiller seg annerledes når det dreier seg om reduserte priser på innsatsfaktorer importert fra utlandet. Konkurranseloven § 1 sammenholdt med § 5 forutsetter at det er effektiv ressursbruk i Norge som legges til grunn for den konkurranserettslige analysen. Det skal ikke tas hensyn til virkninger for utlandet. Ved kjøp av innsatsfaktorer fra utlandet er det dermed bare virkningen i Norge som skal legges til grunn. Dette innebærer at reduserte innkjøpspriser på utenlandske innsatsfaktorer er en effektivitetsgevinst i konkurranserettslig forstand uavhengig av om prisreduksjonen skyldes reelle effektivitetsgevinster eller en ren overføring fra utenlandske produsenter til kunder i Norge.

8. KONKLUSJON OG VEDTAK

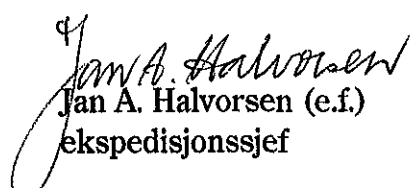
Fusjonen mellom Gilde og Prior fører til at Gilde ikke vil foreta en begrenset etablering i markedet for foredlet fjørfekjøtt. Etter departementets oppfatning er det imidlertid ikke sannsynlig at en slik etablering ville disiplinert Priors atferd i dette markedet. Videre mener departementet at en begrenset etablering fra Gilde ikke ville redusert selskapets etableringshindre på en slik måte at Gilde innenfor et tilstrekkelig kort tidsrom ville blitt en potensiell, vertikalt integrert konkurrent som kunne hatt en disiplinerende virkning på Priors atferd. Vilkåret for å gripe inn mot fusjonen etter konkurranseloven § 16 første ledd er derfor ikke oppfylt.

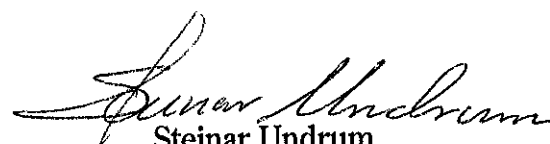
Departementet har heller ikke funnet at det kan gripes inn overfor fusjonen med en annen begrunnelse.

Departementet har truffet følgende vedtak, jf. forvaltningsloven § 34:

Konkurransetilsynets vedtak om å forby fusjonen mellom Gilde Norsk Kjøtt BA og Prior Norge BA oppheves.

Med hilsen


Jan A. Halvorsen (e.f.)
ekspedisjonssjef


Steinar Undrum
avdelingsdirektør

Kopi: Konkurransetilsynet.