

**UDSKRIFT
AF
ØSTRE LANDSRETS DOMBOG**

DOM

Afsagt den 28. september 2006 af Østre Landsrets 12. afdeling (landsdommerne Lodberg, Ole Dybdahl og Katja Høegh (kst.)).

12. afd. sag nr. B-3784-03:

Anker Løfstedt,

Mogens Hansen og

Torben Christensen

(alle advokat Uffe Baller)

mod

Konkurrenceankenævnet

(Kammeradvokaten v/advokat Jacob Pinborg)

Biintervenient til støtte for Konkurrencenævnet:

Arla Foods a.m.b.a.

(advokat Erik Bertelsen) og

Jens Erik Jensen (selv)

Denne sag drejer sig om, hvorvidt Konkurrenceankenævnet ved sin kendelse af 4. november 2003 med rette har ophævet Konkurrencerådets afgørelse af 28. august 2002, hvorefter Arla Foods a.m.b.a. ("Arla" i det følgende) har misbrugt sin dominerende stilling ved som vilkår for, at sagsøgerne blev optaget som andelshavere at have opkrævet en afgift benævnt "negativ udligning" på 2 % af basisprisen for mælk i 3 år efter optagelsen.

Under sagen, der er anlagt den 20. december 2003, har sagsøgerne, Anker Løfstedt, Mogens Hansen og Torben Christensen, nedlagt påstand om, principalt at Konkurrenceankenævnets kendelse af 4. november 2003 ophæves, og subsidiært, at sagen hjemvises til fornyet behandling ved Konkurrenceankenævnet.

Sagsøgte, Konkurrenceankenævnet, har nedlagt påstand om frifindelse.

Arla Foods a.m.b.a., som var adressat for den afgørelse fra Konkurrencerådet, som Konkurrenceankenævnet efter klage fra virksomheden tilsidesatte, er indtrådt som biintervenient i sagen til støtte for Konkurrenceankenævnets frifindelsespåstand.

Jens Erik Jensen er, som andelshaver i Arla Foods a.m.b.a., ligeledes indtrådt som biintervenient i sagen til støtte for Konkurrenceankenævnets påstand.

Sagens omstændigheder

Af Konkurrenceankenævnets kendelse af 4. november 2003 fremgår:

"...

1. Den påklagede afgørelse.

- 1.1. Ved skrivelse af 24. september 2002 har Arla Foods a.m.b.a. påklaget en afgørelse truffet af Konkurrencerådet den 28. august 2002 på baggrund af en klage fra tre mælkeproducenter vedrørende selskabets opkrævning af såkaldt negativ udligning i forbindelse med enkeltvis optagelse af nye andelshavere.

Ved afgørelsen meddelte Rådet Arla Foods, at

"selskabets beslutning om, at andelshavere, der optages enkeltvis, skal betale negativ udligning, er omfattet af forbudet i konkurrencelovens § 11,

stk.1, jf. stk. 3, nr. 1, for så vidt som det opkrævede beløb overstiger en rimelig dækning af de ved optagelsen forbundne omkostninger".

Selskabet blev ved afgørelsen i medfør af lovens § 11, stk. 4, og § 16, stk. 1, nr. 1, påbudt straks at ophøre med ved enkeltvis optagelse af andelshavere at opkræve afgifter, der overstiger selskabets rimelige omkostninger som følge af optagelse af en yderligere andelshaver.

Rådet fandt ved afgørelsen ikke, at selskabets afslag på at optage de tre mælkeproducenter som økologiske leverandører og afslag på at yde dem økotillæg for mælken kunne anses for stridende mod konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. stk. 3, nr. 1 eller 3.

- 1.2. Om baggrunden for afgørelsen hedder det i det til afgørelsen knyttede rådsnotat bl.a.:

"Sagsfremstilling

Indledning

13. 3 tidligere mælkeleverandører til ØkoMælk har anmodet om optagelse som andelshavere i Arla Foods. I den forbindelse har de klaget over ...

14. Dertil kommer, at de 3 økologer fra ØkoMælk finder det urimeligt, at de i forbindelse med optagelse som andelshavere i Arla Foods er blevet opkrævet et såkaldt negativt udligningsbeløb. Et sådant bidrag er ikke opkrævet over for en række andre nye andelshavere, bl.a. økologiske og konventionelle leverandører, der er kommet til Arla Foods fra Hellevad Mejeri.

Baggrund

...

17. Arla Foods er, ifølge den aftale selskabet indgik med Konkurrencestyrelsen i forbindelse med fusionen med Kløver Mælk i 1999, forpligtet til at optage enhver mælkeproducent som andelshaver, som leverer mælk inden for selskabets naturlige geografiske område, og som i øvrigt opfylder vedtægternes generelle betingelser for at blive andelshaver.

...

Virksomhederne

20. Arla Foods blev oprettet i april 2000 ved fusionen mellem danske MD Foods og svenske Arla e.k.

21. Arla Foods er i dag Europas største mejeriselskab. Selskabet ejes af knap 15.000 mælkeproducenter i Danmark og Sverige og har en samlet indvejning på 7,1 mia. kg mælk, heraf de 4,0 i Danmark. Arla eksporterer hovedparten af sin danske produktion navnlig som smør, ost og ingrediensprodukter (pulver m.v.).

22. Samlet omsatte selskabet i 2000/01 for godt 38 mia kr.

23. Medlemmerne i Danmark er andelshavere i MD Foods, der igen er medlem af Arla Foods.

24. Ifølge MD Foods vedtægter optages enhver mælkeproducent, som leverer mælk inden for selskabets naturlige geografiske område som andelshaver.

25. Andelshaverne har leveringspligt for hele produktionen af mælk og udmeldelse kan ske med 4 mdr. varsel til et regnskabsårs udløb. Andelshaverne kan dog - efter nærmere aftale - levere op til 20 pct. af deres mælkeleverance inden for hver 14. dages periode til andre end Arla Foods - splitleverancer.

26. Andelshaverne har ved udmeldelse eller produktionsophør ikke krav på udlodning af selskabets formue bortset fra de personlige konti.

...

Markedet

28. Der blev i 2000/01 indvejet i alt 4,4 mia kg mælk i Danmark fra 8.900 mælkeproducenter, heraf 749 økologiske.

29. Der er 45 mejerier i Danmark, heraf 14 andelsmejerier og 31 privatejede. Af de 45 mejerier indvejer de 12 mejerier økologisk mælk. Arla Foods indvejede 4,0 mia kg, svarende til 91 pct. Ud af den samlede indvejede mælkemængde i 2000/01 udgjorde den økologiske mælk 453 mio. kg og Arla's andel heraf svarer til 82 pct. (371 mio. kg fordelt på 614 leverandører).

...

31. Import af råmælk finder stort set ikke sted.

...

Det relevante marked

40. Der foreligger et relevant marked for indkøb af mælk fra producenter i Danmark. Produktmæssigt kan det afgrænses til komælk. Der er en vis produktion af gedemælk til ost, men denne produktion er såvel hos landmanden som i forarbejdningsleddet adskilt fuldstændigt fra komælk.

41. Markedet kan opdeles i konventionel mælk og økologisk mælk.

...

45. Markedet er Danmark. Der er ikke nogen mærkbar import hverken af konventionel mælk eller økomælk.

Klagen

46. Klagerne gør gældende, ...

47. Endvidere anfører de, at Arla misbruger sin dominerende stilling ved at kræve at de 3 nye andelshavere skal betale såkaldt negativ udligning for enkeltvis optagelse. For den enkelte svarer det til 90.000 kr. fordelt over 3 år. De henviser til, at nyetablerede og tidligere leverandører fra andre mejerier slipper for denne afgift, ligesom Arlas andelshavere heller ikke betaler negativ udligning, når de udvider deres produktion. De finder også begrebet enkeltvis optagelse uklart, idet de udgør en gruppe på 3, som senere er udvidet til 9.

48. Økologisk Landsforening, som har afgivet en udtalelse til støtte for klagerne, peger på, at Arla nogenlunde samtidig har overtaget Hellevad Mejeri og har tilbudt økologerne fra Hellevad optagelse i Arla inkl. delvist øko-tillæg (15 pct. af basisprisen) i mejeriårene 02/03 og 03/04 og uden negativ udligning.

Høring

...

50. I høringssvaret [fra Arla] fastholdes det, at indførelsen og håndhævelsen af den negative udligning ikke udgør et misbrug af dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11.

51. Arla Foods anfører desuden, at man på baggrund af styrelsens høringsnotat har besluttet at ville ophøre med at forskelsbehandle nystartede landmænd i.f.t. øvrige nye andelshavere, der indmelder sig enkeltvis, idet man fremover vil opkræve negativ

udligning på 2 pct. i 3 år af alle der optages enkeltvis.

52. Desuden tilkendegiver Arla Foods, at selskabet har besluttet ikke at opkræve negativ udligning fra splitleverandører, der træder ind i selskabet igen.

...

Vurdering

54. Klagerne og Arla Foods driver erhvervsvirksomhed og sagen er derfor omfattet af konkurrenceloven, jf. § 2.

Dominerende stilling

55. Arla Foods indtager allerede p.g.a. sin stabile høje markedsandel en dominerende stilling på markedet for indkøb af økologisk råmælk i Danmark ... For 2000/01 var markedsandelen 82 pct.

56. Arla Foods er ligeledes dominerende på det samlede marked for indkøb af mælk fra danske mælkeproducenter med en markedsandel på 91 pct.

Misbrug

...

Negativ udligning

73. For det andet klages over, at de 3 leverandører fra ØkoMælk ved optagelsen som andelshavere i Arla Foods skal betale en såkaldt negativ udligning på 2 pct. af den til enhver tid værende basispris i 3 år.

Høje gebyrer

74. Klagerne gør således gældende, at Arla Foods påtvinger dem urimelige vilkår ved at kræve et højt beløb for at blive andelshaver.

75. Arla Foods har oplyst, at negativ udligning er indført ved beslutning af 5. februar 2002. Udligningen skal betales af alle som optages enkeltvis som andelshavere - økologer så vel som konventionelle producenter - bortset fra nyetablerede. Ved enkeltvis forstås alle som ikke søger optagelse som en mejerikreds (leverandørkreds, andelsmejeri eller andet mejeriselskab). Arla Foods har begrundet afgiften med, at de nye andelshavere ved optagelsen får del i de meget betydelige værdier, som er opsamlet i Arla Foods. Arla Foods har desuden anført, at de anser de opkrævede beløb som en be-

skeden dækning af de store værdier, som nyoptagne andelshavere får andel i. Selskabet henviser til at styrelsen har accepteret tilsvarende regler for Danish Crown. Når selskabet har valgt ikke at opkræve negativ udligning ved optagelse af nyetablerede landmænd er det for at støtte disse. Ved nyetablerede forstås en landmand, som nyerehverver en ejendom eller bedrift, der ikke tidligere har været tilmeldt Arla Foods.

76. 2 pct. af basisprisen svarer til ca. 5 øre pr. kg. mælk eller 1/3 af den normale restbetaling i Arla Foods i 3 år. For klagerne drejer det sig om ca. 90.000 kr. pr. leverandør. Landbrugets Rådgivningscenter har opgjort indtjeningen i malkekvægsbesætningerne for 2001 til 196.000 kr. ... mod 242.000 kr. i 2000. Det betyder at der skal betales ca. 15 pct. af indtjeningen i 3 år.

77. I aftalen mellem styrelsen og det daværende MD Foods efter Kløver Mælk-fusionen anføres: "Som andelshaver (medlem) kan optages enhver mælkeproducent, som leverer mælk inden for Selskabets naturlige geografiske område, og som i øvrigt opfylder vedtægternes generelle betingelser for at blive andelshaver samt sådanne personer, som uden at levere mælk er andelshavere, eventuelt som passive medlemmer, i bestående andelsmejerier eller mejeriselskaber. Optagelse kan ske enkeltvis eller kollektivt ved tilslutning af mejerikredse (leverandørkredse, andelsmejerier og mejeriselskaber mv.). Selskabet er i øvrigt forpligtet til at modtage mælk fra ..."

78. Aftalen indeholder intet om betaling af udligningsbeløb.

79. Arla Foods henviser til, at selskabet tidligere har praktiseret en sådan ordning med styrelsens vidende, dog med et fast beløb på 10 øre pr kg. i 1 år.

Arla Foods enkelte argumenter

Nye andelshavere får adgang til betydelige værdier

80. Medlemskabet af Arla giver adgang og medejerskab til store værdier, som er skabt af eksisterende andelshavere. Såfremt der ikke opkræves negativ udligning, vil det være udtryk for forskelsbehandling i forhold til eksisterende andelshavere, som løbende har bidraget til konsolidering og løbende investeringer [notetekst: Derudover henvises til, at 2 pct. svarer til 5 øre pr. kg, som igen svarer til det konsolideringsbidrag på 5 øre

pr. kg, som er en forudsætning for den konsolideringsplan, som Arla Foods repræsentantskab i efteråret 2001 har vedtaget i en principplan for finansiering af selskabets fremtidige investeringer plus konsolidering]. De nuværende andelshaveres ejendomsret og indflydelse udvandes ved, at der optages nye andelshavere i Arla.

81. Værdierne består ud over medejerskab også i den afregningspris, som Arla kan tilbyde, og de øvrige fordele, som følger af medlemskabet bl.a. med stabilitet og økonomisk tryghed

82. Arla Foods har tidligere haft en lignende ordning, som har været praktiseret i fuld offentlighed og som styrelsen har været vidende om.

Styrelsens bemærkninger

83. De eksisterende andelshavere har - ligesom tidligere andelshavere - bidraget til den løbende konsolidering, idet selskabet har tilbageholdt en del af de løbende indtægter til finansiering af investering mv. (gennem en lavere råvareafregning end ellers). Nye andelshavere, der er optaget enkeltvis, har i visse perioder derudover bidraget med et engangsbeløb fastsat ud fra deres forventede mælkemængde, jf. nedenfor. Deres bidrag har dog kun udgjort en yderst beskeden del af konsolideringen mv. i Arla Foods. Langt de fleste nye andelshavere, som Arla Foods (tidl. MD Foods og Mejeriselskabet Danmark) har fået, er ikke kommet til selskabet enkeltvis, men gennem overtagelser, sammenslutninger mv., hvor der ikke er betalt en sådan udligning.

84. Andelshaverne ejer Arla Foods og dermed også selskabet. De har imidlertid ingen ret til at få udbetalt formueandele af selskabet hverken helt eller delvist, heller ikke når de melder sig ud af Arla eller ophører med mælkeproduktion. [Notetekst: Andelshaverne har mulighed for at få udloddet værdier, hvis selskabet likvideres. Derimod kan der ikke ske nogen udlodning af selskabets formue løbende. Således bestemmer vedtægterne, at ..."udlodning til andelshaverne, der forringer selskabets egenkapital, må ingensinde finde sted" - MD Foods-vedtægterne § 19, stk. 2, 6. pkt. Tilsvarende hedder i Arla Foods vedtægter § 15, stk. 2: " Der må ikke til selskabets individuelle medlemmer ske udbetalinger fra selskabets egenkapital" - Individuelle medlemmer i Arla Foods er de enkelte mælkeproducenter (andelshaverne); selskabsmedlemmer er Arla e.k. og MD Foods.] Nedgangen i antal-

let af andelshavere over årene (uanset tilgangen i forbindelse med fusionen med Kløver Mælk) har således ikke ført til, at der er udbetalt formueandele fra selskabet.

85. Den eneste undtagelse fra denne regel gælder nogle særlige personlige konti, der blev oprettet i forbindelse med fusionerne med først Kløver Mælk og siden Arla e.k. Andelshaverne i de fusionerende selskaber fik reserveret nogle beløb på personlige konti, som herefter var en del af selskabets (Arla Foods) egenkapital, men som kunne udbetales til andelshavere efter en længere periode og kun efter repræsentantskabets forudgående beslutning herom.

86. Andelshaverne får gennem deres medlemskab adgang til at levere til Arla. De får udbetalt Arlas løbende (aconto) afregning for deres mælk samt evt. efterbetaling, og de kan møde frem og afgive deres stemme i Arlas organer.

87. Mælkeproducenter, der ikke er andelshavere, får samme løbende afregning men ingen efterbetaling og kan ikke møde frem eller afgive stemme i Arlas bestemmende forsamlinger. Ikke-andelshavere bidrager således løbende til selskabets konsolidering med samme beløb som andelshavere.

88. I et andelssystem som Arla's følger indflydelsen leverancerne og ikke kapitalen. En konsekvens heraf er, at indflydelsen "udvandes", når der kommer nye andelshavere (med yderligere leverancer). Men heroverfor står, at indflydelsen for de tilbageværende øges, når nogle andelshavere forlader selskabet - og som nævnt udløser dette ikke nogen økonomisk godtgørelse.

89. Arla har tidligere i perioder, nemlig dengang da selskabet hed MD Foods/ Mejeriselskabet Danmark, haft tilsvarende ordninger om indbetaling af negativ udligning. Konkurrencestyrelsen har aldrig vurderet (endsige godkendt) disse ordninger ... Der er ikke tidligere modtaget klager over bestemmelserne.

90. Arla Foods har formentlig en række omkostninger ved at optage nye andelshavere fx. i.f.m. kørselsruter, ekstra kapacitet og administration. Det kan ikke udelukkes, at også andre forhold skal tages i betragtning, men der er ikke fremlagt oplysninger herom.

Tilsagn i Danish Crown fusionen

91. Styrelsen har i aftalen om tilsagn i Danish Crown-fusionen godkendt lignende bestemmelser som i Arla Foods

92. Arla gør gældende, at et evt. indgreb over for selskabet vil være i strid med Konkurrencerådets seneste praksis. Arla henviser til, at det i Danish Crowns tilsagn til rådet ved fusionen med Steff-Houlberg er anført, at Danish Crown er forpligtet til at optage alle svineproducenter i selskabets naturlige område som andelshavere efter de i vedtægterne gældende regler "også såfremt disse regler måtte stille krav om en vis betaling til den fusionerede virksomhed til dækning af de værdier, den nye andelshaver får adgang til". Denne formulering svarer nøje til den argumentation, Arla nu fremfører.

Styrelsens bemærkninger

93. Som anført foran finder styrelsen, at nye andelshavere i Arla Foods ikke får adgang til værdierne i selskabet ved optagelsen. Allerede derfor må argumentet afvises.

94. Danish Crowns vedtægter adskiller sig i øvrigt fra Arla's og forholdene kan ikke sammenholdes. Fx skal andelshavere i DC bidrage til selskabets formue gennem personlige konti. Nye andelshavere skal indbetale til sådanne personlige konti over en periode på op til 8 år. Indestående på de personlige konti udbetales, efter at andelshaveren er ophørt, melder sig ud eller nedbringer sine leverancer.

Der er tale om et beskeden beløb, der ikke påvirker markedsadfærden og som ikke går videre end nødvendigt for at sikre andelshavernes loyalitet.

95. Arla gør gældende, at beløbet på 2 pct. over 3 år ikke kan påvirke markedsadfærden og ikke påtvinger nye andelshavere urimelige økonomiske vilkår.

96. Yderligere henvises til, at det ifølge EF-domstolen ikke er i strid med Traktatens art. 81 (1) at vedtægterne pålægger andelshaverne forpligtelser, såfremt disse er begrænset til, hvad der er nødvendigt for at sikre en tilfredsstillende drift af andelsvirksomheden. Arla henviser i den forbindelse til 3 præjudicielle domme [notetekst: DLG-sagen (C-250/92), Dijkstra/Friesland (Forenede sager C-319/93, C-40/94, C-224/94) og Oude Luttikhuis m.fl./Coberco (C-399/93)]. De to sidstnævnte

te vedrørte mejerier med bestemmelser om leveringspligt og udtrædelsesgodtgørelser].

97. Yderligere henviser Arla til, at EF-domstolen (ligeledes i DLG-sagen) udtaler, at det ikke er i strid med Traktatens art. 82, at en andelsindkøbsforening med en dominerende stilling forbyder sine medlemmer, at deltage i andre former for organiseret samarbejde i direkte konkurrence med foreningen, "såfremt den pågældende vedtægtsbestemmelse er begrænset til, hvad der er nødvendigt for at sikre en tilfredsstillende drift af andelsvirksomheden og for at opretholde dens kontraheringsstyrke over for producenterne".

98. Arla gør gældende, at der er en vis formodning for, at indførelsen af en negativ udligningsordning, der må anses for saglig, er nødvendig, når dette er besluttet af andelshaverne.

Styrelsens bemærkninger

99. 2 pct. over 3 år svarer med de gældende afregningspriser til 5 øre over 3 år (i alt 15 øre pr. kg). For klagerne svarer det til 90.000 kr. Sammenholdt med indtjeningen fra drift af malkekvægsbesætninger på 196.000 kr. (2001) svarer det til 15 pct. af indtjeningen over 3 år (45 pct. hvis beløbet betales på 1 år.).

100. Vurderet ud fra mælkeproducenternes side må et beløb af denne størrelsesorden vurderes som væsentligt. Beløbet kan således have betydning for deres overvejelser om at gå ind på markedet [notetekst: Der henvises til, at Arla Foods efter gennemgang af styrelsens høringsnotat har besluttet også at opkræve negativ udligning for nye mælkeproducenter] eller skifte fra deres nuværende aftager, hvis vilkårene her forringes, således som tilfældet har været bl.a. hos ØkoMælk.

101. Set fra Arla Foods side må kapitaltilførslen fra sådanne nye andelshavere derimod vurderes som værende af beskeden betydning [notetekst: Hvis Arla Foods fik tilgang af al den mælk, som ikke er Arla-andelshavermælk i Danmark, ville det med den vedtagne ordning for negativ udligning maksimalt kunne tilføre selskabet 68 mio. kr. over 3 år (22,7 mio. kr. pr. år). Det svarer til 2 pct. af selskabets (danske) egenkapital. I praksis er det ikke realistisk, at en sådan tilgang ville ske ved enkeltvis tilslutning. Historisk er langt det meste af Arlas vækst i mælkemængden sket ved overtager, jf. også at selskabet pr. 1. oktober over-

tager Hellevad Mejeri med x mio. kg. På kort sigt kan denne finansieringskilde således ikke tillægges nogen væsentlig betydning for selskabet].

102. Negativ udligning kan heller ikke anses for nødvendig for at sikre en tilfredsstillende drift af andelsvirksomheden og opretholde en kontraheringsstyrke over for producenterne (= leverandørerne).

103. For det første kan inddragelsen af Domstolens udtalelser om art. 81 (1), herunder om de hollandske mejerier, ikke anses for relevant, idet klagen ikke vedrører konkurrencelovens § 6, stk. 1.

104. Dernæst svarer Arlas stilling og kontraheringsstyrke over for mælkeproducenterne ikke til DLGs over for de internationale producenter af gødning og planteværn, som Domstolens udtalelser må vurderes ud fra.

105. DLG havde således argumenteret for, at selskabet havde behov for at sikre sig, at visse af selskabets andelshavere ikke deltog i andet organiseret samarbejde om indkøb af gødning og planteværn fra de internationale gødningskoncerner. Arla Foods har sikkerhed for medlemmernes loyalitet gennem en eksklusiv leveringspligt (dog således at medlemmerne har ret til op til 20 pct. splitleverance efter særlig aftale herom)...

106. Arlas henvisning til, at den negative udligning må anses for nødvendig, fordi den er besluttet af andelshaveren, kan ikke accepteres som grundelse i forhold til konkurrencelovens § 11.

Samlet om høje gebyrer

107. Arlas krav om at nye andelshavere skal betale 2 pct. af basisprisen pr. kg mælk i 3 år i negativ udligning må anses for misbrug i henhold til konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. stk. 3, nr. 1.

108. Beløbet må anses for at have en sådan størrelsesorden, at det påtvinger nye andelshavere en urimelig høj betaling. Beløbet udgør en barriere for adgangen til markedet for nye andelshavere, ligesom det kan indebære væsentlige tab for leverandører, der må skifte til Arla fra andre mejerier. De øvrige mejerier i Danmark er små og har gennemgående afpasset deres indvejning nøje efter afsætningsmulighederne (evt. således at overskudsmælk afsættes til Arla). De tager ikke uden videre nye mælkeproducenter ind, og Arla vil således kun-

ne være deres eneste alternativ, hvis de ønsker at skifte.

109. Der er ikke tale om nogen til den negative udligning svarende modydelse. Dette betyder også, at på et konkurrencemarked ville det ikke være muligt at opkræve et beløb af den her anførte størrelsesorden. Såfremt en indkøber forlangte et sådant startbeløb af en evt. kommende leverandør, ville denne henvende sig til alternative aftagere, som ville tilbyde ham afsætning uden en startbetaling, der oversteg omkostningerne ved at indkøbe fra ham.

110. Arla Foods har formentlig omkostninger ved at optage nye andelshavere, der kan begrunde en afgift. Men det er ikke realistisk at omkostningerne ved tilslutning skulle komme i nærheden af 90.000 kr. således som tilfældet har været for klagerne.

Forskelsbehandling

111. Klager anfører desuden, at Arla Foods ikke opkræver negativ udligning af en række andre, nye andelshavere.

112. Der skal således ikke betales negativ udligning ved kollektiv optagelse fx fusioner, af nyetablerede, eller hvis Arla-leverandører udvider deres produktion.

113. Arla Foods har i sit høringssvar anført, at man fremover vil indføre betaling af negativ udligning også for nyetablerede landmænd. Herved sker der ikke længere nogen diskrimination i forhold til disse.

114. Arla Foods' - tidl. MD Foods - ekspansion i Danmark er for en meget væsentlig dels vedkommende sket ved overtagelser af andre mejerier. I den forbindelse forekom ofte positive eller negative udligningsbeløb, hvilket dels kan hænge sammen med de indre værdier i de overtagne selskaber og dels evt. goodwill. Sådanne forhold kan begrunde den ene eller anden form for udligning. Optagelse af andelshavere i forbindelse med fusioner kan derfor ikke sammenlignes med optagelse af nye leverandører, der ikke medbringer værdier eller forpligtelser. Det gælder også leverandørerne fra Hellevad, der ikke er i samme situation som klager. Der er derfor ikke anledning til at foretage yderligere undersøgelser af om klagerne diskrimineres i forhold til leverandørerne fra Hellevad, der er optaget i forbindelse med en fusion, jf. konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt.

115. Spørgsmålet om urimelig forskelsbehandling i forhold til eksisterende Arla-leverandører, der har udvidet produktionen finder styrelsen ikke anledning til selvstændigt at undersøge nærmere, jf. konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt.

116. Dette fører samlet set til, at der ikke er anledning til at fastslå misbrug efter konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. stk. 3, nr. 3.

...".

2. Parternes påstande.

Arla Foods Amba har nedlagt påstand om principalt, at Konkurrencerådets afgørelse af 28. august 2002 ophæves for så vidt angår afgørelsen om, at det er i strid med konkurrencelovens § 11, at Arla Foods har truffet beslutning om, at andelshavere, der optages enkeltvis, skal betale en negativ udligning på 2 % af basisprisen for mælk i 3 år fra optagelsestidspunktet, subsidiært at denne del af afgørelsen hjemvises til Konkurrencerådet.

Konkurrencerådet har påstået stadfæstelse.

Som biintervenient til støtte for Arla Foods A.m.b.A. er indtrådt Jens Erik Jensen.

Som biintervenienter til støtte for Konkurrencerådet er indtrådt Anker Løfstedt, Mogens Hansen og Torben Christensen.

Konkurrenceankenævnet traf den 5. november 2002 på begæring af klager beslutning om at tillægge klagen opsættende virkning.

Sagen har været mundtligt forhandlet.

3. Klagers argumentation.

- 3.1. Klager gør gældende, at Konkurrencerådet ikke har foretaget de fornødne analyser og tilvejebragt det fornødne afgørelsesgrundlag. Rådet har herunder ikke løftet bevisbyrden for, at der foreligger et misbrug af en dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11, eller at ordningen har mærkbar virkning på det relevante marked. Rådets afgørelse opfylder endvidere ikke begrundelsespligten i forvaltningslovens §§ 22 og 24.

Afgørelsen bør under alle omstændigheder ophæves, subsidiært hjemvises, allerede fordi Rådet anerkender, at klager kan kræve rimelige omkostninger forbundet med optagelsen i negativ udligning, uden

at der tages stilling til, hvorledes disse omkostninger skal fastlægges og efter hvilke principper.

- 3.2. Det gøres endvidere gældende, at eftersom udligningen er foreskrevet af den andelsretlige lighedsgroundsætning, jf. bemærkningerne ad pkt. 3.3 nedenfor, gælder § 11 ikke herfor, jfr. konkurrencelovens § 2, stk. 2, hvorefter kapitel 2 og 3 ikke gælder, hvis en konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering.
- 3.3. Såfremt de formelle indsigelser ikke tages til følge, gør klager gældende, at der ikke foreligger misbrug af en dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11.
- 3.3.1. I den forbindelse gøres det gældende, at konkurrencelovens § 11 har en begrænset anvendelse i forholdet mellem et andelsselskab og dets ejere (andelshaverne) særligt for så vidt angår de økonomiske relationer, jf. Kommissionens beslutning af 9. april 1999 i fusionssagen Vestjyske Slagterier og Danish Crown.

Det er på denne baggrund klagers opfattelse, at § 11 alene kan anvendes, hvis ordningen medfører en ulige og urimelig fordeling mellem eksisterende og nye andelshavere, hvis ordningen hindrer fleksibiliteten for den enkelte andelshaver, eller hvis ordningen hindrer adgang til råvarer for konkurrerende mejerier.

- 3.3.2. Det gøres endvidere gældende, at ordningen med opkrævning af negativ udligning er nødvendig for at sikre andelsselskabets fortsatte eksistens.

Ordningen sikrer, at der betales et beskedent beløb for enkeltvis optagne andelshavere som modydelse for de store værdier, som de eksisterende andelshavere har bygget op. Manglende opkrævning af negativ udligning vil være urimelig forskelsbehandling af eksisterende andelshavere, der allerede gennem mælkeafregningsprisen og fradrag i efterbetalingen samt (for nogens vedkommende) negativ udligning ved indmeldelsen har bidraget til den løbende konsolidering.

Ordningen sikrer også, at der ikke kan "shoppes rundt" mellem mejerierne, f.eks. i perioder med dårligere økonomi eller øgede krav til konsolidering i andelsselskabet. Et forbud mod ordningen vil bringe disse grundlæggende værdier i fare og vil endvidere være en tilsidesættelse af almindelige andelsretlige principper.

Den juridiske realitet i andelsselskabet er, at en ny andelshaver får adgang til værdier og rettigheder, der væsentligt overstiger indbetalingen på 2 % af basisprisen i de første tre år. Nye andelshavere, der optages enkeltvist, medtager ikke værdier som ved fusion/kollektiv optagelse, hvor udligningen fastsættes konkret baseret på værdier og rationaliseringsgevinster, hvorfor enkeltvist optagne andelshavere, der påfører selskabet en udgift, betaler en standardiseret udligning.

Efterbetalingen, der er mere end tre gange så stor som udligningen, er et andet udtryk for de værdier, man som andelshaver har medejendomsret og dermed adgang til. Det forhold, at andelshaveren efter de nugældende vedtægter ikke umiddelbart har krav på en andel af værdierne i andelsselskabet, når og såfremt andelshaveren måtte vælge at forlade andelsselskabet, kan ikke tillægges nogen betydning i forbindelse med den konkurrenceretlige vurdering af den negative udligningsordning, idet den nye andelshaver, mens denne er andelshaver i Arla Foods, får adgang til de værdier og fordele, som andelshaveren har i kraft af medlemskabet af Arla Foods.

Når Rådet alene anerkender, at der kan kræves et beløb svarende til omkostningerne ved optagelsen, overser Rådet den juridiske realitet i andelsselskabet og medejerskabet hertil. Rådets afgørelse med omkostningsdækning svarer konkurrenceretligt til det, der kunne gælde, hvis der alene var tale om tredjeparts adgang til en infrastrukturfacilitet, men ikke medejerskab.

Herudover følger det af retspraksis fra EF-domstolen, at det ikke er i strid med EF-traktatens artikel 81 og 82 at pålægge andelshaverne forpligtelser, såfremt disse forpligtelser er begrænset til, hvad der er nødvendigt for at sikre en tilfredsstillende drift af andelsvirksomheden og et tilstrækkeligt bredt økonomisk grundlag, en vis stabilitet i medlemskredsen og endelig for at opretholde dens kontraheringsstyrke over for producenterne.

- 3.3.3. Det er herudover klagers opfattelse, at den foreliggende ordning er nødvendig, rimelig og afbalanceret.

Ordningen er rimelig, fordi gebyret er en beskedent delvis betaling for de værdier, der gives adgang til, og saglig, fordi den er en konsekvens af den juridiske realitet, der ligger i andelsselskabet

og medejerskabet hertil. Selskabets egenkapital er på godt 6 mia. kr.

Det negative udligningsbeløb påtvinger ikke nye andelshavere urimelige købs- eller salgspriser eller urimelige forretningsvilkår, jfr. konkurrence-lovens § 11, stk. 1, jfr. stk. 3, nr. 1.

Modydelsen for den negative udligning - dvs. de rettigheder og værdier, der gives adgang til - er væsentligt større end udligningen.

Hertil kommer, at der også kræves udligning ved kollektiv optagelse, hvilket anerkendes af Rådet. Det forhold, at der ikke opkræves udligning fra eksisterende andelshavere ved produktionsudvidelse (eller udbetales beløb ved indskrænkninger), skyldes, at dette ikke er omfattet af formålet med udligning, nemlig at sikre det andelsselskabsretlige solidaritetsprincip og en vis betaling for de værdier, der gives adgang til.

Udligningsordningen administreres konsekvent og på et ikke-diskriminerende grundlag over for alle nye andelshavere, som optages enkeltvis, og udligningsbeløbet overstiger end ikke omkostningerne ved enkeltvis optagelse af nye andelshavere. Ordningen er således begrænset til, hvad der er nødvendigt for at sikre, at nye andelshavere yder et beskedent og delvist bidrag til den konsolidering og de løbende investeringer, som eksisterende andelshavere allerede har bidraget til og i fremtiden vil bidrage til over fradrag i deres afregningspris.

Splitleverancemuligheden på op til 20% giver en sådan fleksibilitet, at den negative udligningsordning ikke påvirker producentens mulighed for at skifte mellem Arla Foods og dermed andre mejeriernes mulighed for at få adgang til råmælk.

Ordningen er det mindst indgribende middel i forhold til et krav om en egentlig adgangsbetaling, som ifølge Rådet vil kunne opkræves i overensstemmelse med konkurrenceloven, og ordningen er proportional derved, at den alene udgør en brøkdel af de samlede omkostninger ved enkeltvis optagelse af nye andelshavere.

Beløbet på 2% af basisprisen for mælk over tre år svarer end ikke til klagers rimelige omkostninger ved enkeltvis optagelse af nye andelshavere. Disse udgifter består i driftsomkostninger, kapacitetsomkostninger og omkostninger som følge af, at mæl-

ken i en vis periode på 1-3 år - afhængig af mængden - alene kan udnyttes som "marginalmælk".

- 3.3.4. Herudover gøres det gældende, at ordningen ikke har konkurrencebegrænsende virkninger på markedet.

Splitleverancemuligheden på 20% med et varsel på 6 uger og et genindtrædelsesvarsel uden betaling af negativ udligning på 3 måneder sikrer fleksibilitet for den enkelte andelshaver og sikrer råvarer, der rigeligt dækker de øvrige danske mejeriers behov, idet 20% af klagers indvejede mælkemængde er mere end de øvrige mejeriers behov. Det bestrides, at ordningen kun kan praktiseres, fordi mælkeproducenterne ikke har et alternativ til klager. Der er andre muligheder, da det relevante marked geografisk er Danmark.

Et udligningsbeløb på 2% er i sig selv af en sådan størrelsesorden, at dette ikke kan udgøre en mærkbar konkurrencebegrænsning, og samtidig er beløbet ikke tilstrækkeligt til at påvirke den enkelte producents adfærd.

Mælkeproducenterne vil desuden altid kunne vælge at levere deres mælkeproduktion til klager uden samtidig at blive andelshavere i klager og uden at betale negativ udligning. Klager er således ifølge tilsagnsaftalen med Konkurrencestyrelsen forpligtet til at aftage mælk fra ikke-andelshavere.

Negativ udligning er i øvrigt blevet praktiseret af klager, bortset fra en kort suspension i sidste halvdel af 90-erne, stort set uafbrudt siden 1970-erne uden tidligere indgreb fra konkurrencemyndighedernes side.

Den påklagede afgørelse er desuden i strid med Rådets afgørelse af 24. april 2002, hvor Rådet godkendte en tilsvarende ordning for Danish Crown i fusionen mellem Danish Crown og Steff-Houlberg.

Konkurrencerådet har ikke løftet bevisbyrden for, at 2% af basisprisen for mælk ligger ud over det, der blev anset for afgørende i Danish Crown-sagen, d.v.s. "til dækning af de værdier, den nye andelshaver får adgang til", og Rådet har heller ikke dokumenteret, at der skulle være forhold, som kan begrunde en forskellig vurdering i de to sager. Rådets henvisning i den forbindelse til eksistensen af personlige konti i Danish Crown er irrelevant, og i øvrigt er det ikke muligt at praktisere personlige konti for klager på grund af de svenske skatteregler.

- 3.3.5. Endelig bestrides det, at beløbet kan gøres op til et totalt beløb på kr. 90.000 for de tre år, da dette vil afhænge af mælkemængde og -pris, ligesom udnyttelse af splitleverancemuligheden vil nedsætte beløbet.

I første år (11 måneder - 5. februar 2002 til 22. december 2002) blev beløbet markant lavere for de tre klagere end de årlige 30.000 kr., som påstås af Konkurrencerådet uden dokumentation.

For så vidt angår Konkurrencerådets påstand om, at udligningen udgør 15% af indtjeningen, gøres det gældende, at dette er en for det konkurrenceretlige spørgsmål irrelevant beregning, da denne procent afhænger af rentabiliteten af den enkelte producents drift.

Det bestrides endvidere, at der skulle ske regulering ved produktionsforøgelse for eksisterende producenter.

4. Konkurrencerådets argumentation.
- 4.1. Konkurrencerådet bestrider, at den påklagede afgørelse som anført af klager er behæftet med en række faktiske mangler. De af klager fremhævede forhold er alle behørigt dokumenteret i afgørelsen.
- 4.2. Rådet fastholder herefter, at klagers opkrævning af en afgift i form af negativ udligning fra enkeltvist optagne andelshavere er en overtrædelse af konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. stk. 3, nr. 1, for så vidt det opkrævne beløb overstiger en rimelig dækning af de med optagelsen forbundne omkostninger.
- 4.2.1. Ud fra en vurdering af gebyrets karakter og de økonomiske forhold på markedet er det Rådets opfattelse, at gebyret går ud over, hvad der kan siges at være nødvendigt for at sikre en tilfredsstillende drift af klagers mejerivirksomhed.

Gebyret opkræves kun ved enkeltvis optagelse, og kapitaltilførslen fra nye andelshavere vurderes som værende af beskeden betydning.

Rådet er endvidere ikke enig i klagers synspunkt om, at gebyret er nødvendigt for at hindre spekulationer i, hvornår det i forhold til de konsolideringsmæssige krav kan være økonomisk fordelagtigt at ud- og indmelde sig som andelshaver hos klager, eller at det vil udgøre forskelsbehandling i forhold til eksisterende andelshavere, hvis der

ikke fremover opkræves et tiltrædelsesgebyr ved enkeltvis optagelse.

Gebyret kan heller ikke legitimeres ud fra betragtninger om, at gebyrets størrelse modsvares af adgangen til række værdier.

Rådet bestrider således, at en ny andelshaver hos klager får adgang til værdier og rettigheder, der overstiger gebyrets størrelse, således at gebyret blot udgør en beskeden delvis betaling herfor. Ifølge selskabets vedtægter har andelshaverne ikke ret til at få udbetalt formueandele fra selskabet - hverken under medlemskabet, ved udmeldelse eller eventuelt ophør af mælkeproduktion. Rådet finder heller ikke i øvrigt, at nye andelshavere reelt får sådanne særlige fordele, at det kan retfærdiggøre, at man som betingelse for at kunne levere sin mælk til klager med andelshaverstatus skal betale et større beløb herfor. Arlas krav om adgangsbetaling adskiller sig fundamentalt fra de tilfælde, hvor en kommende andelshaver afkræves et beløb ved optagelse - en slags engangsbetaling, som sættes i relation til selskabets markedsværdi - som herefter "følger" andelshaver, og som kan konverteres til rede penge ved eventuel senere udmeldelse m.v. Sådanne optagelsesgebyrer udgør således ikke en ensidig betaling (en slags adgangsbillet for at "få lov at være med"), men modsvares af en værdi, som andelshaveren kan realisere ved udmeldelse eller ved senere ophør af produktionen.

Efter Rådets opfattelse har gebyret heller ingen sammenhæng med størrelsen af de omkostninger, som er forbundet med optagelsen af en ny andelshaver hos klager. Det hænger sammen med, at klagers system er tilpasset således, at andelshaveren løbende betaler for administration og indtransport af mælk gennem særlige afgifter. En optagelse indebærer ikke ekstra driftsomkostninger eller kapitalomkostninger, fordi selskabet under alle omstændigheder skal holde sit produktionsapparat ajour. Gebyret har derfor karakter af en ren adgangsbetaling som betingelse for andelshaverstatus.

Klagers betragtninger om, at mælk fra en ny andelshaver altid har en lavere værdi for selskabet og rent faktisk indebærer et tab på 55 øre pr. kg mælk kan ej heller tillægges betydning. Efter Rådets opfattelse er der således ingen saglig begrundelse for, at mælken fra enkeltvist optagne andelshavere rubriceres som tabsgivende marginalmælk. Nyoptagne andelshavere er således underlagt den samme leveringspligt og de samme opsigelses-

varsler som de eksisterende andelshavere. Da indpasning af yderligere mælk højst tager op til ganske få uger, finder rådet ikke, at klagers muligheder for at planlægge en rentabel produktion og afsætning af mælk fra nyoptagne andelshavere adskiller sig fra klagers muligheder herfor i forhold til de eksisterende andelshavere.

Rådet har anmodet klager om at dokumentere omfanget af de omkostninger, som gebyret skal dække, men uden at dette har resulteret i fremlæggelsen af relevante oplysninger. Som konsekvens heraf er det Rådets vurdering, at klager muligvis har omkostninger ved at optage nye andelshavere, som kan begrunde en afgift - f.eks. i forbindelse med kørselsruter, ekstra kapacitet og administration og eventuelle yderligere forhold - men at det ikke er realistisk, at afgifterne ved tilslutning kommer i nærheden af 90.000 kr.

Det forhold, at der ikke tidligere er grebet ind over for gebyret, indebærer ikke, at gebyret må anses for lovligt.

- 4.2.2. Gebyret må efter Rådets opfattelse anses for at have en sådan størrelsesorden, at det påtvinger nye andelshavere en urimelig høj betaling, og beløbet udgør derfor en barriere for adgangen til markedet for nye andelshavere, ligesom det kan indebære væsentlige tab for leverandører, der må skifte til klager fra andre mejerier.

Det er Rådets opfattelse, at størrelsen af et tiltrædelsesgebyr enten skal svare til de omkostninger, der er forbundet med optagelsen, eller alternativt skal modsvares af et indskud, som i rimeligt omfang kan realiseres ved udtræden eller produktionsophør.

Rådet finder ikke, at det på et marked med effektiv konkurrence ville være muligt at opkræve et beløb af den anførte størrelsesorden som betingelse for optagelse i en mejerivirksomhed, og efter Rådets opfattelse skyldes det alene klagers stærke position på markedet (en markedsandel på 91 pct.) sammenholdt med markedsstrukturen på de resterende 9 pct. af markedet, at klager har mulighed for at diktere et gebyr af omhandlede størrelse.

Opkrævning af negativ udligning hos nye andelshavere resulterer konkret i forskelsbehandling mellem de eksisterende og kommende andelshavere. Ordningens manglende saglighed understreges yderligere af det forhold, at egentligt nyetablerede mæl-

keproducenter (i modsætning til mælkeproducenter, som tidligere havde leveret mælk til klagers konkurrenter) oprindeligt ikke skulle afkræves negativ udligning ved deres indtræden i Arla Foods.

Samtidig bestrides det, at det kan anses som et ligeværdigt alternativ for en mælkeproducent at levere mælk til klager uden andelshaverstatus for herved at undgå at betale negativ udligning. Dette skyldes, at klager har tilrettelagt sin løbende afregning således, at en stor del af den samlede betaling sker gennem efterbetaling. Selv om ikke-andelshavere har bidraget til beløbets opbygning på lige fod med andelshaverne, er det kun andelshavere, som modtager efterbetaling. Det er derfor ikke attraktivt at levere mælk til klager uden andelshaverstatus.

Det er således Rådets opfattelse, at klager - uanset sit konsolideringsbehov - misbruger sin dominerende stilling ved at kræve, at disse nyoptagne andelshavere, ud over at bidrage til den løbende konsolidering på samme måde som de eksisterende andelshavere, ligeledes skal erlægge et ekstrabidrag, som langt den overvejende del af de nuværende andelshavere ikke har skullet erlægge ved deres optagelse eller ved deres udvidelse af produktionen.

Til klagers bemærkninger om, at Rådet ikke har påvist, at gebyret påvirker konkurrencen mærkbart, herunder udgør en betydelig barriere for optagelsen af nye andelshavere, har Rådet anført, at misbrugsbegrebet i § 11's forstand er et objektivi- tetsbegreb, og bestemmelsen indeholder ikke et mærkbarhedskriterium svarende til konkurrencelovens § 6, som skal være opfyldt, for at bestemmelsen kan anses som overtrådt.

Rådet bestrider endvidere, at man i forbindelse med fusionen mellem Danish Crown og Steff-Houlberg har godkendt et fusionstilsagn, som - anvendt på den foreliggende sag - lovliggør udformningen og indholdet af klagers gebyr.

Tilsagnet i Danish Crown-sagen omhandler den situation, at nye andelshavere - på lige fod med allerede optagne andelshavere - bidrager til selskabets formue ved indbetaling af et beløb i en eller anden form, som senere udbetales ved andelshaverens udtræden m.v.

Endelig bestrides det, at de afgørelser fra EF-domstolen, som klager har henvist til, kan medføre

et ændret resultat i den foreliggende sag. Disse afgørelser vedrører således andre omstændigheder end den foreliggende.

5. Brintervenienternes argumentation.

- 5.1. Andelshaver i Arla Foods Jens Erik Jensen har til støtte for klager anført, at ordningen med negativ udligning er rimelig på grund af den store konsolidering, andelshaverne foretager, og som nye andelshavere får del i. Den negative udligning svarer til, hvad de eksisterende andelshavere har konsolideret med i løbet af bare 13 måneder forud for de 3 ØKO-mælk leverandørers optagelse i Arla. Den ufordelte egenkapital i Arla nærmer sig 1 kr. pr. kg, og den får nye andelshavere adgang til at nyde fordelene af fra dag 1.

Ordningen er endvidere nødvendig, fordi den hindrer spekulationer i, hvornår det kan være økonomisk fordelagtigt at ud- og indmelde sig som andelshaver hos klager. Uden en sådan ordning har klager således ikke mulighed for at sikre de trofaste andelshavere.

Det er helt almindeligt i andelsselskaber, at nye andelshavere skal yde noget for at opnå lige vilkår med de eksisterende andelshavere. I DLG skal der være indbetalt 50.000 kr. på en andelshaverkonto, før man får overskud udbetalt. I Danish Crown skal der indbetales 15 øre pr. kg i 8 år på en andelshaverkonto, før nye andelshavere får samme vilkår som de oprindelige.

Herudover bestrides det, at beløbet kan gøres op på den måde, som Rådet gør det. Den negative udligning afhænger således af mælkemængde og -pris, og med faldende mælkepriser bliver beløbet endnu mindre. Det kan heller ikke tiltrædes, at udligningen kan opgøres til 15% af indtjeningen.

- 5.2. Andelshaverne Mogens Hansen, Torben Christiansen og Anker Løfstedt - de tre mælkeproducenter, der fremsatte klage over for Konkurrencestyrelsen over ordningen med negativ udligning - har til støtte for Konkurrencerådet anført, at ordningen med negativ udligning er diskriminerende over for nye andelshavere og konkurrencebegrænsende for andre aktører inden for mejeribranchen. Den konkurrencebegrænsende effekt af den negative udligning forstærkes af de krav til opsigelsesvarsel, som Arla opererer med over for mælkeproducenterne. Forlader en leverandør Arla i utide, skal vedkommende indbetale sit garantibevis med 20 kr. pr. 1.000 kg

mælk leveret de seneste 5 år; i den situation skal man altså ligefrem betale for at efterlade sin nettoformueandel til de tilbageværende andelshavere.

Ordningen må betragtes som værende oprettet med henblik på at afholde leverandørerne fra at vælge det for tiden bedst betalende mejeri. På grund af den negative udligning er det således risikabelt for mælkeproducenten at påbegynde et leverandørforhold til en anden aftager, og samtidig begrænses andre mejeriers mulighed for at øge deres indvejning og dermed salg.

Det bestrides, at der er omkostninger ved den enkeltvise optagelse af mælkeproducenter, der svarer til de beløb, der opkræves som negativ udligning. Herunder bestrides det, at mælk fra enkeltvis optagne andelshavere kan betragtes som tabsgivende marginalmælk. Marginalmælken er en naturlig del af mejeridriften, fordi der skal være nok mælk til højpris-produkterne i perioder med lav indtjening, og kan derfor ikke bruges som argument for at diskriminere enkelte andelshavere. Det kan heller ikke tiltrædes, at klager har haft omkostninger til kapacitetsudvidelser til behandling af de tre biintervenienters mælkeindvejning, når klager samtidig lukker Hellevad Mejeri, idet dette tværtimod viser, at det er rentabelt for Arla at køre en større mælkemængde gennem Arlas eksisterende anlæg.

Den negative udligning er en udligning oven i den udligningsordning, som er en følge af, at alle nuværende producenter - også biintervenienterne - får fratrukket det beløb, der via de personlige konti, der blev oprettet ved fusionen mellem MD og Kløver, nu udbetales til de daværende andelshavere. Det drejer sig om 2 øre pr. kg. i 8 år. Biintervenienterne er for så vidt indforstået med denne ordning, eftersom den omfatter alle nuværende producenter, der på lige fod bidrager lige meget til gavn for de oprindelige andelshaveres virksomhedsopbygning. Eksistensen af denne ordning med personlige konti gør det imidlertid uforståeligt, at en adgangsbetaling, hvis den overhovedet skal forekomme, ikke føres på personlige konti.

Klagers synspunkt om, at Arla Foods ikke er den eneste mulighed for at afsætte mælk, kan endvidere ikke tiltrædes. Muligheden afhænger helt af den geografiske placering af mælkeproduktionsvirksomheden, idet de øvrige eksisterende danske mejerier kun optager leverandører i deres naturlige opland,

hvilket reelt vil sige ganske små områder. Der er reelt heller ikke - således som klager anfører - reel mulighed for at levere til klager uden at blive andelshaver, idet efterbetalingen, der udgør ca. halvdelen af mælkeproducentens nettoindtjening, kun ydes til andelshavere.

Konkurrencerådet har helt ret i, at i et konkurrencepræget marked ville et krav om adgangsbetaling ikke kunne opretholdes. Det illustreres af situationen i forbindelse med MD's køb af et anlæg i Esbjerg fra det privatejede The Borden Company. MD forlangte 10 øre i negativ udligning for optagelse af de hidtidige Borden-leverandører, hvilket gjorde, at langt de fleste gik andre steder hen, hvorefter MD efter 10 dage tilbød Borden-leverandørerne optagelse uden betaling af negativ udligning.

6. Konkurrenceankenævnets bemærkninger.

6.1 Sagens andelsretlige baggrund

Arla Foods A.m.b.A. er et andelsselskab som defineret i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, lovbekendtgørelse nr. 11 af 9. januar 2002, hvis §§ 3 og 4 lyder således:

"§ 3 Ved en virksomhed med begrænset ansvar forstås i denne lov en virksomhed, hvor ingen af deltagerne hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk.

§ 4. Ved et andelsselskab (andelsforening) forstås i denne lov en virksomhed omfattet af ... § 3, hvis formål er at virke til fremme af deltagerens fælles interesser gennem deres deltagelse i virksomheden som aftagere, leverandører eller på anden lignende måde, og hvor virksomhedens afkast, bortset fra normal forrentning af den indskudte kapital, enten fordeles blandt medlemmerne i forhold til deres andel i omsætningen eller forbliver indestående i virksomheden."

Andelsselskaber er endvidere defineret i aktieselskabslovens § 1, stk. 4, som undtager andelsselskaber fra aktieselskabsloven. Det indgår i denne definition, at en fordeling af formuen ved selskabets opløsning til medlemmerne - efter tilbagebetaling af den indskudte kapital - skal ske efter deres andel i selskabets omsætning. Det fremgår af forarbejderne til erhvervsvirksomhedsloven, at der ikke med det forhold, at spørgsmålet om fordeling af likvidationsprovenu ikke indgår i erhvervsvirksomhedslovens definition af et andelsselskab, er

tilsigtet nogen materiel forskel fra aktieselskabslovens definition, jf. Folketingstidende 1993-94, tillæg A, sp. 1675.

Der er ikke her i landet gennemført en nærmere lovregulering af andelsselskaber, men betænkning nr. 1071/1986, Lovgivning om andelsselskaber, indeholder udkast til lov om andelsselskaber med bemærkninger. Ifølge flertalslovudkastets § 10, stk. 1, skal enhver, der opfylder de i vedtægterne fastsatte betingelser, på begæring optages som medlem (betænkningen s. 68), og der er ifølge bemærkningerne hertil (s. 96) "*intet til hinder for at opstille økonomiske krav, herunder krav om betaling af indskud og lignende som betingelse for medlemskab*". Ifølge lovudkastets § 12, stk. 1, har et udtrædende medlem ikke krav på at få udbetalt nogen del af selskabets formue, medmindre dette er hjemlet i vedtægterne - eller udtrædelsen sker i forbindelse med nærmere opregnede, væsentlige vedtægtsændringer, idet det udtrædende medlem i så fald har krav på at få tilbagebetalt indbetalt indskudskapital og indbetalte beløb til opfyldelse af medlemsgarantier, for så vidt disse indbetalinger ikke er medgået til dækning af selskabets gæld, jf. stk.3, 2. pkt. (s 68). Det er i bemærkningerne til § 12, stk. 1, anført, at bestemmelsen "*afspejler den nuværende praksis på området, hvorefter udtrædende medlemmer normalt ikke har krav på nogen opgørelse eller udlevering af formuen*", og at "*princippet synes hensigtsmæssigt, idet det sikrer ro og fasthed i selskabsaktiviteterne uanset skiftende medlemsforhold*".

Det har i overensstemmelse hermed være alment anerkendt dansk ret, at et andelsselskabs optagelse af nye andelshavere kan betinges af betaling af et indskud, såfremt dette ikke er udtryk for en usaglig forskelsbehandling i forhold til tidligere optagne andelshavere, jf. Erik Hørlyck: Dansk Andelsret (3. udg. 2000) s. 106, Noe Munck og Lars Hedegaard Kristensen: Selskabsformerne (4. udg. 2002) s. 313, og at der ved en andelshavers udtræden i almindelighed ikke er noget krav på formueandel, medmindre et krav herom er hjemlet i selskabets vedtægter, jf. Erik Hørlyck s. 67 i nævnte værk, hvori det s. 118 nævnes, at strenge udtrædelsesregler normalt har den gode begrundelse, at det ikke bliver økonomisk belastende for selskabet, at en andelshaver ønsker at forlade fællesskabet. Det hedder tilsvarende hos Ernst Dyrbye: Kortfattet fremstilling af Dansk Selskabsret (3. udg. 1983), at et andelsselskab kan betinge med-

lemsoptagelse af, at den pågældende betaler omkostningerne ved optagelsen og indskud, hvis det er nødvendigt for, at han kan blive ligestillet med de ældre andelshavere (s.86), og at det afhænger af vedtægterne, om der er krav på formueandel ved udtræden - kun en åbenbar ubillig afgørelse kan tænkes tilsidesat (s. 88). Om "udtræden helt uden formueandel" skriver Erik Werlauff: Selskabsret (5.udg. 2003) s. 93 f., at en sådan bestemmelse må opretholdes, hvis der kan påvises en saglig grund til den, og at øjemedet ofte vil være at sikre virksomhedens videreførelse til gavn for de tilbageværende.

En forskellig behandling af medlemmer af MD Foods A.m.b.A. i overensstemmelse med principperne for fordeling af selskabets formue ved likvidation for så vidt angår en ordning med udligningsbeløb i forbindelse med fusionen med Kløver Mælk A.m.b.A. alt efter, om der var tale om gamle eller helt nyindtrådte medlemmer, og om de var blevet medlemmer ved individuel indmeldelse eller ved kollektiv indmeldelse i forbindelse med en fusion, blev da heller ikke tilsidesat ved Højesterets dom af 23. maj 2003 (UFR 2003 s. 1764) i sagen I/S Tranekærgaard ved Knud Olesen og Søren Bang mod MD Foods A.m.b.A. Det hedder i Højesterets præmisser bl.a.:

"Som led i fusionen pr. 28. september 1998 mellem MD og Kløver Mælk blev der gennemført en økonomisk udligning over for de af Kløver Mælks andelshavere, som efter fusionen leverede mælk til MD, og som et modstykke hertil blev der for MD's andelshavere på fusionstidspunktet gennemført en ordning med hensættelse på personlige konti, jf. fusionsaftalens § 6. Ordningen gik for andelshaverne i Kløver Mælk nærmere ud på, at den enkelte andelshaver, der før fusionen havde leveret til Kløver Mælk, sammen med efterbetalingen fra MD for regnskabsårene 1998/99 og 1999/2000 skulle have udbetalt et udligningsbeløb på 20 øre pr. kg. mælk, den pågældende i hvert af disse regnskabsår leverede til MD. Udligningsbeløbene skulle reduceres under hensyntagen til andelshavernes anciennitet som leverandører hos Kløver Mælk de sidste fem år, jf. nærmere pkt. 1-3 i bilag 1 til fusionsaftalen. Ifølge pkt. 5 i bilaget gjaldt anciennitetsbegrænsningen ikke andelshavere, som var blevet medlemmer af Kløver Mælk ved kollektiv indmeldelse i forbindelse med en fusion. Endvidere var det i bilagets pkt. 3, stk. 2, fastsat, at der til de andelshavere, der først var optaget i Kløver Mælk med virkning fra selve fusionsdagen den 28. sep-

tember 1998, skulle betales et udligningsbeløb på 4 øre pr. kg. mælk, der blev leveret til MD i regnskabsåret 1999/2000, uanset at de pågældende andelshavere ikke opfyldte betingelsen om at have leveret til Kløver Mælk før fusionen.

Denne udformning af ordningen må anses for sagligt begrundet og kan således ikke anses for stridende mod en lighedsgrundsætning. Det bemærkes herved, at for de andelshavere, der ligesom Knud Olesen var indtrådt ved individuel indmeldelse og ikke havde leveret til Kløver Mælk før fusionen, harmonerede ordningen med, at de efter § 15, stk. 6, i Kløver Mælks vedtægter ikke ville have fået andel i fordelingen af formuen, hvis selskabet dengang i stedet var trådt i likvidation."

I Rådets forordning (EF) nr. 1435/2003 af 22. juli 2003 om statut for det europæiske andelsselskab (SCE) er der i art. 3 og 4 bestemmelser om mindstekapital m.v., og i art. 16, stk. 1, er der en bestemmelse om ethvert udtrædende medlems ret til at få sin andel af den tegnede kapital udbetalt.

6.2. Andelsselskabsvedtægter som konkurrencebegrænsende aftaler

Arla Foods beslutning om, at andelshavere, der optages individuelt, skal betale negativ udligning, må betragtes som et selskabsfastsat vilkår for optagelse svarende til en vedtægtsbestemmelse om f.eks. betaling af indskud.

Bestemmelserne i konkurrencelovens kapitel 2 - §§ 6-10 med overskriften "Forbud mod visse konkurrencebegrænsende aftaler" - "finder ikke anvendelse på aftaler, vedtagelser og samordnet praksis inden for samme virksomhed eller koncern", jf. § 5, stk. 1, og der er herom i henhold til § 5, stk. 2, fastsat nærmere regler i bekendtgørelse nr. 1029 af 17. december 1997 om aftaler m.v. inden for samme virksomhed eller koncern. Det hedder i denne bekendtgørelse bl.a.:

" § 2. »Aftaler, vedtagelser og samordnet praksis inden for samme virksomhed eller koncern« omfatter efter denne bekendtgørelse

...

3) interne aftaler i andelsvirksomheder, såfremt de er begrænset til, hvad der er nødvendigt for at sikre en tilfredsstillende drift af andelsvirksom-

heden og opretholde en kontraheringsstyrke, jf. § 5.

...

§ 5. »Andelsvirksomheder« skal i denne bekendtgørelse forstås som enheder, der har det i lov om erhvervsdrivende virksomheders § 4, jf. lovbe- kendtgørelse nr. 546 af 20. juni 1996, angivne formål.

Stk. 2. »Interne aftaler« skal i denne bekendtgørelse forstås som aftaler mv. indgået mellem andelsvirksomheden som sådan og dens medlemmer eller aftaler mv. mellem medlemmerne indbyrdes, f.eks. om medlemmernes indbyrdes hæftelse, stemmegivning og repræsentation i andelsvirksomheden, og som ikke har mærkbare virkninger for andre end medlemmerne og andelsvirksomheden.

Stk. 3. »Tilfredsstillende drift af andelsvirksomheden« skal i denne bekendtgørelse forstås som en normal udnyttelse af virksomhedens kapacitet.

Stk. 4. Med »opretholde en kontraheringsstyrke« forstås i denne bekendtgørelse en pligt for medlemmerne til at lade deres interesser som aftagere eller leverandører varetage gennem andelsvirksomheden inden for en afgrænset tidsperiode. Hvis andelsvirksomheder ikke har en dominerende stilling, udgør denne tidsperiode maksimalt 2 år. Hvis andelsvirksomheder har en dominerende stilling, skal tidsperioden være væsentligt kortere."

Der er ikke i den påklagede afgørelse foretaget en bedømmelse af Arlas eller MDs vedtægter, herunder vilkårene for udtræden, eller af den foreliggende indskudsordning i henhold til dette regelsæt - eller i henhold til konkurrencelovens § 6.

6.3 Misbrug af dominerende stilling

- 6.3.1. Den påklagede afgørelse angår markedet for indkøb af mælk fra producenter i Danmark, og det kan uden videre tiltrædes, at Arla Foods indtager en dominerende stilling på et sådant marked.

Spørgsmålet er herefter, om det forhold, at indmeldelse i Arla betinges af betaling af en negativ udligning svarende til 2 pct. af basisprisen pr. kg. mælk i 3 år, indebærer misbrug af denne dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1.

6.3.2. Det er ved den påklagede afgørelse af Konkurrence-rådet statueret, at forholdet "må anses for misbrug i henhold til konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. stk. 3, nr. 1."

6.3.3. Det hedder i § 11, stk. 3, nr. 1:

"Misbrug efter stk. 1, kan f.eks. foreligge ved

1) direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- eller salgspriser eller af andre urimelige forretningsbetingelser".

§ 11, stk. 3, indeholder alene eksempler på forhold, der kan udgøre misbrug efter stk. 1. Om et forhold naturligt er omfattet af ordlyden af de opregnede eksempler, er således ikke afgørende for, om forholdet skal anses for et misbrug omfattet af § 11, stk. 1. Det er derfor ikke afgørende i den foreliggende sag, at indskudskrav ved medlemsoptagelse i et andelsselskab på ingen måde kan anses for naturligt at være omfattet af ordlyden af § 11, stk. 3, nr. 1, eller dækket af denne bestemmelses forarbejder, jf. Folketingstidende 1996-97, tillæg A, s. 3668 f, eller praksis vedrørende bestemmelsen.

6.3.4. Det er i den påklagede afgørelse - i rådsnotatets pkt. 108 - anført, at det beløb, der skal betales i negativ udligning, "må anses for at have en sådan størrelsesorden, at det påtvinger nye andels-havere en urimelig høj betaling". Dette udsagn er ikke nærmere faktisk udbygget og heller ikke understøttet af nogen analyse, selv om det i forarbejderne til § 11, stk. 3, nr. 1, bl.a. er anført: "Efter [EF-] Domstolens praksis kræves der imidlertid detaljeret bevis for, at der kan statueres urimeligt høje priser."

Det er i rådsnotatet pkt. 108 anført, at det negative udligningsbeløb "kan indebære væsentlige tab for leverandører, der må skifte til Arla fra andre mejerier". Afgørelsen indeholder imidlertid ingen nærmere faktisk udbygning af dette udsagn, hvis relevans for en misbrugsbedømmelse efter § 11, stk. 1, heller ikke er belyst - udsagnet er blot ledsaget af en bemærkning om, at "de øvrige mejerier i Danmark er små og har gennemgående afpasset deres indvejning nøje efter afsætningsmulighederne" - "de tager ikke uden videre nye mælkeproducenter ind, og Arla vil således kunne være deres eneste alternativ, hvis de ønsker at skifte".

Ankenævnet må herefter om det, der er anført i rådsnotatets pkt. 108 - som ikke er yderligere

faktuelt belyst andetsteds i afgørelsen - konstatere, at der ikke heri er indeholdt en beskrivelse og analyse af faktuelle forhold, som giver grundlag for at fastslå, at der foreligger en overtrædelse af konkurrencelovens § 11, stk. 1.

- 6.3.5. I rådsnotatets pkt. 109 er som begrundelse for, at den negative udligning udgør et misbrug omfattet af § 11, stk. 1, jf. stk. 3, nr. 1, anført, at *"der ikke er tale om nogen til den negative udligning svarende modydelse"*. Efter det, der er anført i pkt. 84 og 93, lægges det til grund, at det herved har været af afgørende betydning for Konkurrencerådets bedømmelse, *"at nye andelshavere i Arla Foods ikke får adgang til værdierne i selskabet ved optagelsen"* (pkt. 93), selv om de bliver medejere af selskabet, idet dette ejerskab kun ved selskabets likvidation giver den enkelte andelshaver ret til udbetaling af formueandel (pkt. 84).

Det kan imidlertid uden videre lægges til grund, at nye andelshavere får samme "adgang til værdierne i selskabet" som den eksisterende andelshaverkreds, hvis overskudsdisponering gennem en årrække må antages at have bidraget til opbygning af selskabets kapacitet, kompetence og egenkapital - med de fordele for den aktuelle drift, som måtte følge heraf. Der er ikke i den påklagede afgørelse foretaget en bedømmelse af disse fordele - det udtales dog, *"at på et konkurrencepræget marked ville det ikke være muligt at opkræve et beløb af den her anførte størrelsesorden"*.

Som antaget af Konkurrencerådet indebærer kravet om betaling af negativ udligning som betingelse for optagelse, at en ny andelshaver skal betale et beløb for et medejerskab, som den pågældende ikke selv kan realisere. Dette forhold er efter det, der er anført foran under 6.1., i overensstemmelse med dansk andelsrets almindelige regler, og der er hverken i ordlyden af, forarbejderne til eller praksis vedrørende konkurrencelovens § 11 eller i det faktum, som fremgår af Konkurrencerådets afgørelse, grundlag for at antage, at forholdet i sig selv skulle kunne konstituere et af lovens § 11, stk. 1, omfattet misbrug. Det må tværtimod have formodningen mod sig, at der skulle foreligge et sådant misbrug, hvis ikke enhver mælkeproducent uden videre skulle have krav på at blive medejers af et andelsselskab som Arla, blot fordi det er dominerende. Dette gælder uanset vilkårene for udtræden - der er fælles for hidtidige og nye andelshavere. Er det konkurrenceretligt påkrævet, at

der er sammenhæng mellem, hvad selskabet kan kræve indbetalt ved individuel indmeldelse, og hvad et medlem kan kræve udbetalt ved sin udmeldelse, kan dette uden brud på det selskabsretlige lighedsprincip søges opnået ved indgreb over for restriktive udtrædelsesvilkår. Den herved fornødne konkurrenceretlige bedømmelse må imidlertid tage sit udgangspunkt i det foran under 6.2. anførte, jf. herved EF-domstolens dom af 15. december 1994 (Saml. 1994 I 5671) i den såkaldte DLG-sag og Konkurrencerådets Dokumentation 1996-1 s. 238 ff.

6.3.6. Samlet bedømmelse

Ankenævnet finder efter det anførte ikke grundlag for at anse det i den andelsretlige lighedsgrund sætning begrundede indmeldelsesvilkår om bidrag til selskabets konsolidering ved såkaldt negativ udligning for i sig selv eller efter det, der foreligger faktisk oplyst i sagen, at indebære et misbrug af dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1. Ankenævnet ophæver derfor den påklagede afgørelse.

Herefter bestemmes:

Konkurrencerådets afgørelse af 28. august 2002 ophæves.

Klagegebyret tilbagebetales til klager."

Efter at Arla havde indbragt Konkurrencerådets afgørelse for Konkurrenceankenævnet, fastsatte nævnet i et brev af 27. oktober 2002 en plan for skriftvekslingen. Arla skulle ifølge planen aflevere replik den 25. november 2002, Konkurrencerådets duplik skulle afleveres den 20. december 2002 og biintervenienterne skulle aflevere kommentarer til de indsendte indlæg den 6. januar 2003. Den mundtlige forhandling skulle foregå den 16. januar 2003.

Arla indleverede et påstandsdokument på 19 sider, som blev modtaget af sagsøgerne den 14. januar. Anker Løfstedt har i et udateret dokument stilet til Konkurrenceankenævnet, som efter det oplyste er modtaget af nævnet i forbindelse med den mundtlige forhandling, angivet:

"I Arla Foods' påstandsdokument, der er modtaget to dage før de mundtlige forhandlinger, begår Advokat Erik Bertelsen nogle alvorlige faktuelle fejl.

..."

Der anføres herefter 4 fejl.

Af Arlas vedtægter, som senest ændret den 5. marts 2004, § 3, stk. 7, følger, at andelshavere, der udtræder af selskabet, ikke har krav på at få udbetalt en andel i selskabets formue eller aktiver. Ved likvidation fordeles eventuelle overskydende aktiver mellem andelshaverne efter en i vedtægternes § 24, stk. 4, nærmere fastlagt fordelingsnøgle. Efter § 3, stk. 4, fastsætter selskabets bestyrelse ved kollektiv og enkeltvis optagelse af nye andelshavere vilkårene for optagelse efter forhandling mellem parterne. Nye andelshavere skal endvidere ifølge § 5 underskrive et garantibevis.

Det fremgår af repræsentantskabsorientering nr. 19 af 6. september 1983 fra det daværende Mejeriselskabet Danmark a.m.b.a. (efterfølgende MD Foods a.m.b.a. og nu Arla Foods a.m.b.a.), pkt. 4, at optagelsesbetingelserne ved enkeltvis optagelse af andelshavere det pågældende år havde været:

"8 øre i et 1 år eller - 5 øre i 2 år".

Betingelserne blev ifølge orienteringen:

"nu ændret til - 15 øre (- 8 øre i 1. år og - 7 øre i 2. år). Der er fortsat tale om minimumssatser, og reglerne om hensigtsmæssig beliggenhed er uændrede.

Nyetablerede optages fortsat uden udligning"

I repræsentantsorientering nr. 15 af 9. september 1992 fra det daværende MD Foods a.m.b.a. er anført blandt andet, at bestyrelsen har fastsat fremtidige vilkår for enkeltvis optagelse af andelshavere, hvorefter der ved fremtidig optagelse

i MD Foods betales en udligning på 10 øre/kg mælk i 1 år. Nyetablerede andelshavere blev efter disse vilkår optaget uden udligning. Det oplyses:

"Kløver Mælk's bestyrelse har vedtaget tilsvarende vilkår for enkeltvis optagelse af andelshavere."

Ifølge en skrivelse af 24. april 1998 fra MD Foods a.m.b.a. til Bordens mælkeleverandører i kreds 3 og 4 blev leverandørerne i The Borden Company A/S ved fusionen mellem de to selskaber optaget i MD Foods a.m.b.a. uden betaling af negativ udligning. Kløver Mælk a.m.b.a. havde forud herfor tilbudt et sådant vilkår i et konkurrerende tilbud.

Af Arlas årsrapport 2002/2003 fremgår blandt andet, at Arla i perioden 17. april - 1. oktober 2000 havde en ansvarlig kapital på ca. 6,3 mia. kr. og foretog en konsolidering på 116 mio. kr. I regnskabsperioden 30. september 2002 - 30. september 2003 udgjorde den ansvarlige kapital ca. 7,4 mia. kr. og der blev foretaget konsolidering og genkonsolidering af et beløb på i alt 548 mio. kr.

Økonomikonsulent Knud Møller, Jysk Landbrugsrådgivning har udarbejdet 3 resultatopgørelser af 7. marts 2006 vedrørende Anker Løfstedts, Mogens Hansens og Torben Christensens resultater i årene 2002-2005, hvor de har betalt negativ udligning til Arla. For Anker Løfstedts vedkommende er der ifølge opgørelsen i alt betalt 93.000 kr. til Arla, og han har haft en gennemsnitlig årlig indtjening i de pågældende 4 år på kvægbruget på 68.000 kr. Mogens Hansen har ifølge opgørelsen betalt i alt 105.000 kr. til Arla og har haft en gennemsnitlig årlig indtjening på kvægbruget på 397.000 kr. Torben Christen har ifølge opgørelsen betalt i alt 56.000 kr. til Arla og har haft en gennemsnitlig årlig indtjening på kvægbruget på 16.000 kr. Opgørelserne bestrides ikke beløbsmæssigt af Konkurrenceankenævnet.

Arla har ifølge "Nyhedsbrevet" til Andelshavere i Arla Foods, uge 6 i år 2004, samt ifølge et brev af 6. februar 2004 til Anker Løfstedt, suspenderet vilkåret om negativ udligning ved optagelse af nye andelshavere i perioden 1. februar til 30. september 2004. Spørgsmålet skulle herefter behandles af repræsentantskabet, idet en endelig beslutning ifølge nyhedsbrevet og brevet forventedes truffet på repræsentantskabsmødet i juni måned 2004. Suspensionen er ifølge et brev af 5. august 2004 til Arlas repræsentantskab forlænget frem til den 31. december 2004.

Af en statistik over "Standardized Milk Price Calculations for October 2004 deliveries", der viser afregningspriser for mælk i den pågældende måned samt "Most recent supplementary payment" hos en række europæiske mejerier fremgår, at Arla i den pågældende måned havde en afregningspris, som lå i den lavere ende.

Landsretten har den 5. april 2005 nægtet Anker Løfstedt, Mogens Hansen og Torben Christensen at rette henvendelse til "de små mejerier" med nærmere angivne spørgsmål, idet stillede spørgsmål ikke sås at være af betydning for sagen.

Forklaringer

Der er afgivet partsforklaring af Anker Løfstedt, Mogens Hansen og Torben Christensen og vidneforklaring af økonomidirektør i Arla, Jørn Wendel Andersen.

Anker Løfstedt har forklaret blandt andet, at han har været mælkeproducent siden 1994. Oprindeligt leverede han til det private mejeri The Borden Company A/S. Da det daværende MD Foods overtog mejeriet, tog han ikke mod tilbuddet om at blive andelshaver og leverandør i MD Foods. På det tidspunkt var han ved at omlægge til økologisk drift og valgte at blive le-

verandør til Økomælk i Vejen. Økomælk var et aktieselskab. Han blev aktionær. Mogens Hansen og Torben Christensen blev på samme tid ligeledes aktionærer i og leverandører til Økomælk. Økomælk havde kun én kunde, Dansk Supermarked. Økomælk mistede i efteråret 2001 denne kunde til Arla, som gav et meget billigt tilbud på økologisk mælk. Økomælk kunne ikke matche dette tilbud og mistede dermed sit eksistensgrundlag. Det er hans indtryk, at Arla var irriteret over Økomælk, som i sin ejerkreds havde flere tidligere andelshavere i Arla.

Det var ikke muligt at blive leverandør til de andre økologiske mejerier i Jylland, som han og medsagsøgerne kontaktede. Mogens Hansen kontaktede derfor Arla i begyndelsen af 2002 for at høre, om de 3 sagsøgere kunne blive optaget som andelshavere. Da det kom til nærmere forhandlinger, var de i alt 9 mælkeproducenter, der tidligere havde leveret til Økomælk, som ønskede at blive optaget. Arla var ikke indstillet på at betragte det som en kollektiv optagelse, hvor der kunne dispenseres fra kravet om negativ udligning.

Efter Konkurrenceankenævnets kendelse fik han sammen med to andre sagsøgere foretræde for Folketingets Fødevareudvalg. Det skete efter en kontakt fra Ritt Bjerregaard.

Arla og før det MD Foods og Mejeriselskabet Danmark har tidligere periodevis praktiseret negativ udligning. I en længere periode, før sagsøgerne blev optaget, havde Arla ikke praktiseret kravet om negativ udligning. Arlas suspension af kravet om negativ udligning i 2004 læste han først om i Arlas nyhedsbrev. Han fik opfattelsen af selv at være omfattet af suspensionen. I et efterfølgende brev fra Arla blev det forklaret, at han ikke var omfattet af suspensionen. Blandt de nuværende andelshavere er det kun ham, de øvrige leverandører til Økomælk, enkelte andre tidligere leverandører til økologiske mejerier og nogle få gamle andelshavere, der har betalt

negativ udligning. De er omkring 50 andelshavere, der har betalt udligningen, dvs. ca. 1 procent af andelshaverne. Arla har i de seneste år foretaget en ekstraordinær konsolidering. Både nye og gamle andelshavere har bidraget til den øgede konsolidering.

Økonomikonsulent Knud Møllers beregning viser, at han har betalt mere i udligning, end han efter betaling af udligning har tjent på mælkeproduktionen. Når økonomien alligevel har kunnet hænge sammen, skyldes det indtægter fra andet end mælkeproduktion og hans kones indtægt. I hans første år som Arla leverandør, som var år 2002, var indtjeningen meget dårlig, fordi han ikke kunne blive optaget som økolog og derfor ikke fik økotillæg. Han er efterfølgende optaget og modtager som følge heraf tillægget. Hans omsætning er på ca. 5 mio. kr. om året. Omsætningen vedrørende kvægdelen udgør ca. 3 mio. kr. årligt. I punktet i beregningen vedrørende "Arealer i overskud i marken" indgår også omkostningerne ved markbruget. Tillæggene til basisprisen består for hans vedkommende af økotillæg og diverse kvalitetstillæg. Han ligger gennemsnitligt på kvalitetstillæg. På en gennemsnitlig afregning udgør kvalitetstillæg ca. 2.700-2.800 kr. Han husker ikke størrelsen af de årlige efterbetalinger, han modtager som andelshaver i Arla.

Som leverandør til The Borden Company A/S forhandlede han ikke om afregningsprisen. Som aktionær i Økomælk skulle man købe aktier i et omfang, der svarede til, hvor meget mælk man leverede. Hvis man øgede sin leverance, skulle man købe tilsvarende flere aktier. Han købte aktier for 112.000 kr. til kurs 160. Som en følge af tabet af leverancen til Dansk Supermarked mistede Økomælk egenkapitalen. Formanden for Økomælk, Knud Larsen, kontaktede ham på et tidspunkt, efter han var blevet andelshaver i Arla, og oplyste, at Arla, som ønskede at overtage Økomælk, havde tilbudt, at aktionærer som

han og de to andre sagsøgere kunne få lov at levere økologisk til Arla mod at overdrage deres aktier til Arla. De tog imod dette tilbud. Han og de øvrige medejere blev herefter som led i Arlas overtagelse af Økomælk i 2002 optrappet til økologisk drift over de næste år. Økomælk var, da Arla overtog det, intet værd. Ørbæk Mejeri har i et brev 21. marts 2006 oplyst, at mejeriet ikke ønsker at optage ham som leverandør.

Arla havde i sit påstandsdokument over for Konkurrenceankenævnet anført misvisende oplysninger om betydningen af udsving i mælkeprisen, muligheden for at benytte splitleverancer m.v. Det påpegede han under mødet i Konkurrenceankenævnet. Han afleverede også det i sagen fremlagte dokument, hvor han havde angivet fejlene til Konkurrenceankenævnets sekretær.

Mogens Hansen har forklaret blandt andet, at han blev mælkeproducent i 1984. Han blev efter kort tid leverandør til The Borden Company A/S. Da Arla købte Borden, ønskede en række af Bordens leverandører ikke at fortsætte som leverandører til Arla. Det var forklaringen på, at Arla opgav kravet om negativ udligning i forhold til mejeriets leverandører, som Arla havde regnet med at overtage. Han valgte at blive aktionær i og leverandør til Økomælk i stedet for at levere til Arla. I efteråret 2001 kontaktede han på egne og de andre sagsøgers vegne Arla for at høre, om de kunne blive økologiske leverandører til Arla. Han fik at vide, at de kunne blive optaget, men ikke som økologiske leverandører. I begyndelsen af 2002 kontaktede han igen Arla. De fik den 8. februar 2003 et svar, hvoraf fremgik, at der ville blive stillet krav om negativ udligning. De har ikke fået nogen begrundelse for kravet. Han har ikke mulighed for at foretage splitleverancer.

Resultatopgørelsen af 7. marts 2006 udarbejdet af Knud Møller viser en stigende indtjening i 2005. Den øgede indtjening

skyldes en øget produktion. Hans regnskab er mere enkelt end Anker Løfstedts, idet hans bedrift er rent landbrug og en maskinstation. Hans mælkebrug er større end Løfstedts. Omsætningen på kvægbedriften er på ca. 3,5 mio. kr. årligt. På samme måde som Løfstedt havde han købt aktier i Økomælk. Han købte 5 aktier. Økomælk blev solgt til Arla for 1 kr. Han og de øvrige tilbageværende aktionærer i Økomælk fik mod at overdrage deres aktier lov til at levere økologisk mælk til Arla. De fik ikke i øvrigt nogen betaling for aktierne. I tillæg til basisprisen får han, jf. eksempelvis en afregning for perioden 5. januar - 18. januar 2004 3-4 øre pr. kg. mælk i kvalitetstillæg. Dertil kommer økotillægget.

Torben Christensen har forklaret blandt andet, at han i 1995 begyndte at levere mælk til MD Foods. Han meldte sig ved brev af 26. august 1998 ulovligt ud for i stedet at levere til Økomælk. Årsagen var, at økologiske producenter ikke var velset i den lokale kreds, han tilhørte. Da Økomælk mistede Dansk Supermarked som kunde, undersøgte han, om det var muligt at levere økologisk til Nørup mejeri. Mejeriet meldte tilbage, at det ikke turde tage dem, for man frygtede at blive mødt med samme behandling som Økomælk havde fået af Arla.

Resultatopgørelsen af 7. marts 2006 udarbejdet af Knud Møller viser svingende indtægter. Det skyldes navnlig, at han først fik økotillæg efter 2002, hvorefter det gradvist er blevet trappet op. Der var endvidere sygdom i 2004. Han har en traditionel landbrugsbedrift med 60 køer og 56 ha. jord. Hans omsætning på kvægbruget er på ca. 2,5 mio. kr. årligt. Han købte aktier i Økomælk på de tidligere beskrevne vilkår, og fik på samme måde som Løfstedt og Mogens Hansen lov at blive økologisk leverandør i Arla mod at overdrage aktierne. Aktierne i Økomælk købte han kontant. Han fik ingen betaling fra Arla for aktierne.

Jørn Wendel Andersen har forklaret blandt andet, at han er økonomidirektør i Arla og har ansvar for regnskabsaflæggelsen og udarbejdelse af budgetter. Han har været ansat i 9 år. Negativ udligning anvendes, når andelshavere søger enkeltvis optagelse. Når andelshavere kommer ind som en gruppe eller et selskab, tilfører de typisk værdier og synergier. De modtager derfor positiv udligning. Ved enkeltvis optagelse bringes der derimod ikke værdier ind i Arla. Negativ udligning har været praktiseret fra begyndelsen af 1970'erne og op til slutningen af 1990'erne i MD Foods. Det var helt almindeligt og sædvanligt i branchen. Den negative udligning er udtryk for almindelig retfærdighed, idet de eksisterende medlemmers bidrag til selskabets værdi og opsparing ikke skal deles med nytilkommende uden betaling. På tidspunktet for overtagelsen af Borden mejeri var der stærk konkurrence mellem MD Foods og Kløver Mælk både på detailniveau og i relation til optagelse af nye leverandører/andelshavere. Negativ udligning var suspenderet i den periode, hvor fusionen med Kløver Mælk og det svenske Arla blev forhandlet og gennemført. Negativ udligning blev genindført i februar 2002 som led i en investeringsplan, der blev vedtaget efter fusionen med det svenske Arla. Planen indebar, at medlemmerne skulle bidrage til en ekstraordinær investering og konsolidering. Nye andelshavere skulle betale for de forventede store fordele af investeringen ved at betale negativ udligning. Meningen var, at negativ udligning herefter som en fast praksis skulle opkræves i årene fremover. Indførelsen havde intet med de tre sagsøgere at gøre. Omkring 68 medlemmer har betalt negativ udligning efter genindførelsen. Suspensionen i 2004 skyldtes den heftige politiske debat om Arla herunder optagelsesvilkårene, der var på daværende tidspunkt, blandt andet som følge af Konkurrenceankenævnets afgørelse. Beslutningen var rent politisk motiveret. Arla mente og mener sig berettiget til at kræve negativ udligning. Negativ udligning er fortsat suspenderet. Når landsrettens dom foreligger, vil man i Arlas bestyrelse og repræsentant-

skab drøfte, hvad man så skal gøre. Forevist Arlas årsregnskab 2002/2003 forklarede vidnet, at konsolidering er den del af årets resultat, som bliver henlagt. Genkonsolideringen er en følge af fusionen med Kløver Mælk, hvor en del af egenkapitalen blev udloddet til andelshaverne i Kløver Mælk. Alle andelshavere - både gamle og nye - bidrager til konsolideringen. Efterbetalingerne i Arla har beløbet sig til 23 øre over 3 år pr. kg. mælk. Tallet fremgår ikke af det fremlagte, men kan udledes af det fremlagte regnskab for 2002/2003 ved at sammenlægge efterbetalingerne over 3 år og dividere med den angivne mælkemængde i samme 3 år. Efterbetalingerne har i visse perioder udgjort op til 10-15 øre årligt pr. kg. leveret mælk og udgør nu 5-6 øre.

I den fremlagte statistik over mælkeindkøbspriser mangler bidrag til konsolidering og den årlige efterbetaling. Det betyder, at statistikken ikke giver et reelt billede af fordelene ved at levere til Arla. I europæisk sammenhæng er det særdeles fordelagtigt at levere til Arla - som når de nævnte forhold tages i betragtning - har en høj samlet afregningspris.

Arla købte Økomælk for 1 kr. og optog aktionærerne som økologiske andelshavere. Alternativet havde været, at Økomælk var gået konkurs. Arla var ikke forpligtet til at optage leverandørerne på lige vilkår med de eksisterende økoleverandører i Arla, men valgte at gøre det. Det var på daværende tidspunkt ufordelagtigt at optage flere økoleverandører, idet kun halvdelen af den økologiske mælk kunne sælges som sådan, men man fandt det mest rimeligt at optage aktionærerne på samme vilkår, som egne økologiske andelshavere havde. Han var ikke selv involveret i forhandlingerne med Økomælk og kender ikke til, at Arla havde overtaget leverancerne til Dansk Supermarked fra Økomælk.

Der er kun ganske få leverandører, som ikke er andelshavere. Sådanne leverandører får ikke del i efterbetalingerne. Den årlige udskiftningsrate i kredsen af andelshavere i Arla er på ca. 10 %. Det er hans indtryk, at de løbende afregninger fra forskellige mejerier i Danmark er meget ensartede. Forskellen i priserne viser sig i de årlige efterbetalinger. Thiese og Bornholms Mejerier er eksempler på mejerier med en højere afregning end Arla. Arla betaler ikke det samme til sine danske/svenske leverandører som til sine leverandører i de øvrige markeder, hvor Arla er aktiv. På øvrige markeder køber Arla mælken på det frie marked, medens man i Danmark og Sverige køber af sine ejere og efterbetaler til dem ud af årets overskud.

Når Arla optager nye andelshavere, får Arla i en overgangsperiode typisk en dårligere afregning ved videresalg af deres mælk end den pris, man får for mælken fra de eksisterende andelshavere, idet der ikke nødvendigvis er tilstrækkelig efterspørgsel efter dyre mælkeprodukter til at opsuge den ekstra mælkeleverance. Den ekstra mælk må derfor eksempelvis sælges som mælkepulver med tab på op til en kr. pr. kg. Samtidig skal Arla betale den fulde afregningspris til den nye andelshaver.

Procedure

Anker Løfstedt, Mogens Hansen og Torben Christensen har ved påstandsdokument af 14. august 2006 gjort gældende:

"1. Generelle bemærkninger.

Vedrørende prøvelse af sagsøgtes afgørelse fremgår det af Konkurrencelovens § 20, at sagsøgtes afgørelse kan indbringes for domstolene. Det fremgår ikke af § 20 i konkurrenceloven, at der gælder en begrænsning i domstolsprøvelsen.

I medfør af grundlovens § 63 eller princippet i samme vil der derfor være fuld prøvelse for domstolene i en sag som den foreliggende.

Sagsøgerne har i øvrigt fulgt "ankevejledningen" fra sagsøgte, og i overensstemmelse hermed indbragt sagsøgtes afgørelse for domstolene.

2. Den nærmere begrundelse for Konkurrenceankenævnets afgørelse.

Det gøres gældende, at sagsøgte med urette vurderede, at betaling af negativ udligning hverken efter sagens faktiske oplysninger eller i sig selv indebærer et misbrug af dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1.

2.1. Manglende faktisk belæg for Konkurrencerådets afgørelse.

Det bestrides, at Konkurrencerådets afgørelse ikke var tilstrækkelig faktisk underbygget til, at det kunne anses for godtgjort, at der forelå en overtrædelse af konkurrencelovens § 11, stk. 1.

Endvidere gøres det gældende, at Konkurrenceankenævnets formand efter § 11 i bkg. nr. 1032 af 17. december 1997 (bkg. om Konkurrenceankenævnet) kunne have anmodet klageren og den indklagede myndighed om at tilvejebringe yderligere oplysninger, der skønnes nødvendige for sagens bedømmelse og i øvrigt selv indhente oplysninger, hvor det skønnes hensigtsmæssigt.

Sagsøgte kunne ligeledes have hjemvist sagen til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

Sagsøgte valgte ingen af disse muligheder, men derimod at omgøre rådets afgørelse, uden at have det grundlag, som sagsøgte selv angiver som nødvendigt for at træffe en afgørelse.

Det anførte støtter sagsøgernes subsidiære påstand om hjemvisning, idet sagsøgte kunne og burde have sikret sig, at sagen var oplyst i et sådant omfang, at sagsøgte kunne træffe sin afgørelse på et forsvarligt grundlag.

Sagsøgerne har i øvrigt for domstolene fremlagt dokumentation for, at betalingen til Arla Foods amba var urimelig høj.

Sagsøgerne har dokumenteret, at størrelsen af den "strafafgift", som sagsøgerne er kommet til at betale, er stort

set i overensstemmelse med de beløb, som sagsøgerne ved sagens behandling for sagsøgte gjorde gældende var tabet.

For samtlige sagsøgere gøres det gældende, at "strafafgiften" til Arla Foods amba har været yderst negativ for den effektive kvægdrift. For samtlige sagsøgere gælder det, at kun ved hjælp af andre aktiviteter og høj effektivitet, har det været muligt at skaffe et tilfredsstillende resultat.

Dette skal sammenholdes med, at det samlede bidrag til Arlas konsolidering gennem negativ udligning for de relativt meget få individuelt optagne nye andelshavere er helt marginal og uden betydning for opretholdelsen af en tilfredsstillende drift i selskabet.

Kravet har alene det formål at udgøre en barriere for den potentielle konkurrence og er dermed en overtrædelse af konkurrencelovens § 11 om forbud om misbrug af dominerende stilling.

Sagsøgerne gør (fortsat) gældende, at betaling af den negative udligning udgør dobbelt betaling idet nye andelshavere ligeledes skal betale til konsolidering..

Det gøres gældende, at betaling af negativ udligning indebærer væsentlige tab for leverandører, der må skifte til Arla fra andre mejerier, hvilket er blevet yderligere faktisk underbygget af opgørelserne fra driftsøkonom Knud Møller vedrørende "tabet" hos sagsøgerne.

Arla Foods amba gjorde i sit påstandsdokument for Konkurrenceankenævnet, gældende, "at der er geografiske alternativer til Arla Foods, hvilket understreges af, at et antal (15) fynske mælkeproducenter har forladt Arla Foods til fordel for Ullerslev og/eller Ørbæk Mejeri på Fyn, og at det relevante geografiske marked ifølge Konkurrencerådets egen beslutning er Danmark, og ...".

Det gøres gældende, at dette anbringende er ukorrekt, ...

Sammenfattende gøres det derfor gældende, at det er korrekt, når Konkurrencerådet i sin afgørelse i pkt. 108 "Samlet om høje gebyrer" blandt andet anfører: "Beløbet må anses for at have en sådan størrelsesorden, at det påtvinger nye andelshavere en urimelig høj betaling. Beløbet udgør en barriere for adgangen til markedet for nye andelshavere, ligesom det kan indebære et væsentligt tab for leverandører, der må skifte til Arla fra andre mejerier. De øvrige mejerier i Danmark er små og har gennemgående afpasset deres indvejning nøje efter afsætningsmulighederne (evt. således at overskudsmælk afsættes til Arla). De tager ikke uden videre nye mælkeproducenter

ind, og Arla vil således kunne være deres eneste alternativ, hvis de ønsker at skifte."...

2.2. Udgør anvendelsen af negativ udligning misbrug i sig selv.

Det gøres gældende, at det er korrekt, når Konkurrencerådet i sin afgørelse, pkt. 109, anfører, at den negative udligning i sig selv udgør misbrug, da der ikke bliver ydet nogen modydelse fra Arla Foods' side...

Det gøres endvidere gældende, at der er misforhold mellem et krav om indbetaling af kapital ved indmeldelse og en manglende ret til udbetaling ved udtræden. Der er objektivt set tale om en barriere for nye konkurrenters indtrængen på markedet på linje med lange bindingsperioder. Et sådant krav er kun muligt i et marked uden virksom konkurrence.

Endvidere gøres det gældende, at kravet er udformet på en sådan måde, at det kun rammer individuelle mælkeproducenter, der tidligere har leveret til et andet mejeri, hvilket på grund af Arlas dominans ofte vil være en tidligere andelshaver hos Arla, som har villet "prøve lykken" som leverandør ved et nichemejeri, som af en eller anden årsag ikke har kunnet klare sig i konkurrencen.

Det gøres gældende, at negativ udligning fra disse relativt få producenter er uden praktisk betydning for Arlas konsolidering og tilfredsstillende drift.

Det gøres derfor gældende, at kravet kun har det formål at udgøre en barriere for den potentielle konkurrence, og dermed er en overtrædelse af konkurrencelovens § 11 om forbud om misbrug af dominerende stilling.

Konkurrencerådet opfordrede under sagens behandling for rådet Arla Foods om at oplyse størrelsen af Arla Foods omkostninger ved optagelse af nye andelshavere.

Det gøres gældende, at det ikke er i overensstemmelse med dansk andelsrets almindelige regler med betaling af negativ udligning.

Det gøres gældende, at det alene er i overensstemmelse med dansk andelsrets almindelige regler, at optagelse som andelshaver gøres betinget af indskud, hvis selskabet får særlige udgifter i anledning af optagelsen.

Endvidere gøres det gældende, at en betingelse for, at ordningen kan siges at være i strid med dansk andelsrets almindelige regler er, at ordningen administreres konsekvent.

Arla Foods gjorde under sagens behandling for ... Konkurrenceankenævnet gældende, at udligningsordningen administreres konsekvent og på et ikke diskriminerende grundlag overfor alle nye andelshavere, som optages enkeltvis og udligningsbeløbene overstiger end ikke omkostningerne ved enkeltvis optagelse af nye andelshavere.

Arla Foods kræver ikke længere negativ udligning af nye andelshavere, og tiden har således vist, at Arla Foods anbringende herom for Konkurrenceankenævnet var ukorrekt.

Forholdet er i øvrigt det, at ordningen med negativ udligning hos Arla Foods havde været suspenderet fra 1998, men blev genindført 1 februar 2002 i forbindelse med sagsøgeres optagelse som andelshavere i selskabet.

Ordningen blev på ny suspenderet i februar 2004, dog ikke for sagsøgerne.

Henset hertil kan den negative udligning overfor sagsøgerne ikke forsvares med, at det er i overensstemmelse med dansk andelsrets almindelige regler, at der skal betales negativ udligning og/eller at det kun er rimeligt, at nye andelshavere betaler for værdierne i selskabet.

Arla Foods er på ingen måde konsekvent med hensyn til sin "administration" af reglerne om negativ udligning, og sagsøgerne har været udsat for en usaglig/urimelig forskelsbehandling.

Endvidere har der aldrig skullet betales negativ udligning, hvis en "gammel" andelshaver udvider sin produktion. Det var dog tilfældet for enkelte andelshavere, herunder sagsøgerne under nærværende sag.

Der har heller aldrig skullet betales negativ udligning i tilfælde af kollektiv optagelse af en gruppe producenter, ligesom det aldrig har skullet betales negativ udligning, hvis en mælkeproducent er nyetableret, hvorved forstås en landmand, som ny erhverver en ejendom eller bedrift, der har været tilmeldt Arla Foods.

Endvidere gøres det gældende, at det samlede bidrag til Arlas konsolidering gennem negativ udligning fra de relativt meget få individuelt optagne nye andelshavere er helt marginal og uden betydning for opretholdelse af en tilfredsstillende drift i selskabet.

Sammenfattende gøres det derfor gældende, at den negative udligning overfor sagsøgerne ikke kan "forsvares" med, at det er i overensstemmelse med dansk andelsrets almindelige regler, at der skal betales udligning og/eller det kun

er rimeligt, at nye andelshavere betaler for værdierne i selskabet.

Arla Foods er på ingen måde konsekvent med hensyn til sin "administration" af reglerne om negativ udligning.

3. Sagsbehandlingen i Konkurrenceankenævnet.

3.1. Var konkurrenceankenævnet forpligtet til at indhente yderligere oplysninger?

Det fastholdes, at sagsøgte kunne og burde have anmodet klager og/eller den indklagede myndighed om at tilvejebringe yderligere oplysninger, der skønnes nødvendige for sagens bedømmelse og i øvrigt selv have indhentet oplysninger, hvor det skønnes hensigtsmæssigt.

Sagsøgte kunne ligeledes have hjemvist sagen til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

Endvidere fastholdes det, at sagsøgerne har adgang til at få spørgsmålet prøvet ved domstolene, og at der ikke er belæg for en antagelse om, at der gælder en begrænsning i domstolsprøvelsen.

3.2. Sagsbehandlingen i øvrigt.

Det gøres gældende, at det forhold, at afvikling af forhandlingerne i Konkurrenceankenævnet ikke foregik på en måde, der gjorde, at sagsøgerne fik tilstrækkelig mulighed for at varetage deres interesser som biintervenienter bør føre til en intensivering af domstolsprøvelsen i nærværende sag.

--OO--

Sammenfattende fastholder sagsøgerne det under sagen nedlagte anbringende om:

- at det beløb, der skal betales i negativ udligning, har en sådan størrelsesorden, at det påtvinger nye andelshavere en urimelig høj betaling og dermed er tabsvoldende for disse,
- at de øvrige mejerier i Danmark er små og ikke uden videre tager nye mælkeleverandører ind, hvorfor Arla er eneste alternativ, hvis en leverandør ønsker at skifte eller komme ind på markedet.
- at nye andelshavere i Arla Foods ikke får adgang til værdierne i selskabet ved optagelsen, hvorfor det negative udligningsbeløb ikke kan begrundes hermed,
- at det negative udligningsbeløb ikke kan begrundes med optagelsesomkostninger, da det er helt ude af proportion hermed,

- at det ikke kan begrundes med vederlag til tidligere andelshavere, da nye andelshavere også betaler til disse via gensolideringsbeløbet,
- at det ikke kan begrundes i traditionelle andelstanker, da Arla Foods ikke konsekvent anvender ordningen med negativ udligning,
- at Arla Foods tværtimod alene har anvendt den negative udligning som diskrimination i strid med den andelsretlige grundsætning,
- at det i øvrigt ikke kan begrundes i traditionelle andelstanker, da Arla Foods i kraft af sin størrelse og ledelsesform ikke kan sammenlignes med traditionelle danske andelsselskaber og den andelstanke, de er baseret på,
- at det negative udligningsbeløb ikke kan begrundes med dansk rets almindelige regler,
- at udligningsbeløbet er udtryk for negativ særbehandling af enkelte nye andelshavere i strid med lighedsprincippet, og
- at sagsøgerne ikke fik tilstrækkelig lejlighed til at varetage deres interesser overfor Konkurrenceankenævnet, fordi dette accepterede Arlas omfattende procedureindlæg, der fremkom efter den fastsatte frist herfor, få dage inden forhandlingen,
- at sagsøgte kunne og burde have draget omsorg for, at der blev indhentet supplerende oplysninger, såfremt sagsøgte ikke fandt, at sagen var tilstrækkeligt oplyst,
- at det forhold, at sagen var utilstrækkeligt oplyst, under ingen omstændigheder burde have ført til, at sagsøgte frifandt Arla, men til en hjemvisning af sagen."

Konkurrenceankenævnet har ved påstandsdokument af 3. august 2006 til støtte for frifindelsepåstanden gjort gældende:

"1. Generelle bemærkninger

Til støtte for frifindelsepåstanden gøres det overordnet gældende, at der ikke er det fornødne grundlag for at tilsidesætte Konkurrenceankenævnets kendelse af 4. november 2003, hvorved ankenævnet ophævede Konkurrencerådets afgørelse af 28. august 2002, idet Konkurrencerådet ikke med den fornødne sikkerhed havde påvist, at opkrævningen af negativ udligning udgjorde misbrug af Arla Foods' dominerende stilling.

Konkurrenceankenævnet tiltrådte ved sin afgørelse Konkurrencerådets vurdering af, at Arla Foods indtager en domi-

nerende stilling på markedet for indkøb af mælk fra producenter i Danmark. Imidlertid fandt ankenævnet, at rådets afgørelse ikke indeholdt en beskrivelse og analyse af faktiske forhold, der kunne danne grundlag for med den fornødne sikkerhed at fastslå, at Arla Foods' krav om betaling af negativ udligning udgør et misbrug omfattet af konkurrencelovens § 11. (Negativ udligning er en betaling for optagelse som andelshaver i Arla Foods, og betalingen sker teknisk ved, at afgiften fratrækkes Arla Foods betaling til den nye andelshaver for dennes mælkeleverancer i en 3-årig periode.)

Da rådets øvrige antagelser om konsekvenserne af ordningen med negativ udligning efter ankenavnets opfattelse heller ikke var rigtige eller faktisk underbyggede, ophævede ankenævnet den af rådet truffene afgørelse.

2. Den nærmere begrundelse for Konkurrenceankenavnets afgørelse

Det gøres gældende, at Konkurrenceankenævnet med rette vurderede, at betalingen af negativ udligning hverken efter sagens faktiske oplysninger eller i sig selv indebærer et misbrug af en dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11, stk. 1.

2.1. Manglende faktisk belæg for Konkurrencerådets afgørelse

For det første var de af Konkurrencerådet anvendte postuler, som mangler tal og beregninger, ikke (tilstrækkeligt) faktisk underbyggede til, at det kunne anses for godtgjort, at der forelå en overtrædelse af konkurrencelovens § 11, stk. 1.

Rådet havde således ikke foretaget en analyse af prisstrukturen, herunder om størrelsen af den negative udligning var urimelig høj, men blot anført nogle helt generelle betragtninger herom. Rådet havde eksempelvis ikke fremlagt dokumentation for oplysningerne om størrelsen af de negative udligningsbeløb eller foretaget undersøgelser af de faktiske omkostninger ved optagelsen af nye medlemmer, og allerede af denne grund var det ikke muligt at fastslå, om betalingen var urimelig høj.

Sagsøgerne har forsøgt at underbygge dette punkt og har fremlagt yderligere tal og beregninger, der dog ikke udgør fornøden dokumentation for, at den opkrævede negative udligning udgør misbrug. De indhentede oplysninger kan heller ikke ændre på det væsentlige, nemlig at Konkurrencerådet ikke havde underbygget sin afgørelse med de nødvendige undersøgelser af de faktiske forhold. Selv om

Konkurrencerådets antagelser måtte anses for underbyggede ved den efterfølgende indhentede oplysninger, kan dette nemlig ikke føre til en ændring eller ophævelse af Konkurrenceankenævnets afgørelse. I stedet må sagsøgerne henvises til at anmode Konkurrencestyrelsen om at vurdere sagen på baggrund af det eventuelt fremkomne nye materiale.

Sagsøgerne gør videre gældende, at der foreligger misbrug, idet den negative udligning udgør "dobbelt" betaling, da de udover den negative udligning skal indbetale yderligere konsolideringsbeløb ved udbetalingen af de såkaldte personlige konti, som nogle andelshavere fik oprettet i forbindelse med en tidligere fusion. Spørgsmålet om de personlige konti er kun omtalt kort i punkt 85 i rådets afgørelse. Synspunktet er forfejlet, idet alle andre andelshavere også skal indbetale beløb til eventuel genkonsolidering ved udbetaling af de personlige konti. En sådan efterfølgende konsolidering har intet at gøre med bedømmelsen af de negative udligningsbeløb.

Heller ikke rådets bemærkninger i afgørelsens punkt 108 om, at betaling af negativ udligning "kan indebære væsentlige tab for leverandører, der må skifte til Arla fra andre mejerier", var faktisk underbygget, ligesom betydningen af udsagnet i relation til bedømmelsen efter konkurrencelovens § 11, stk. 1, ikke var nærmere behandlet i rådets afgørelse.

Nøjagtig det samme gør sig gældende for rådets bemærkninger i pkt. 108 om muligheden for at skifte til de øvrige danske mejerier.

På denne baggrund konkluderede ankenævnet med rette, at hele denne del af rådets begrundelse ikke kunne danne det fornødne grundlag for den trufne afgørelse.

2.2. Udgør anvendelsen af negativ udligning misbrug i sig selv

Rådets afgørelse byggede herudover for det andet på en betragtning om, at den negative udligning i sig selv udgjorde misbrug, da der ikke blev ydet nogen modydelse fra Arla Foods' side (punkt 109). Herved lagde rådet vægt på, at de nye andelshavere ikke får adgang til værdierne i Arla Foods ved optagelsen (punkt 84 og 93).

Også denne del af rådets begrundelse er imidlertid fejlagtig og blev med rette tilsidesat af Konkurrenceankenævnet. Som anført af ankenævnet kan det nemlig umiddelbart lægges til grund, at de nye andelshavere får samme adgang til værdierne i Arla Foods som den eksisterende andelshaverkreds, idet de nye andelshavere ved optagelsen i Arla

Foods bliver andelshavere i en virksomhed, hvor den hidtidige andelshaverkreds gennem en årrække har bidraget til virksomhedens betydelige kapacitet, kompetence og egenkapital med de fordele for den aktuelle drift, som følger heraf. De enkelte andelshavere ville ikke være i stand til selv at realisere tilsvarende fordele.

Trods denne oplagte sammenhæng foretog rådet ikke en vurdering heraf i sin afgørelse, idet rådet indskrænkede sig til at postulere, at det ikke ville være muligt at opkræve et beløb af denne størrelsesorden på et konkurrencepræget marked, hvilket må ses i sammenhæng med, at rådet ikke engang havde fremlagt dokumentation for omkostningerne ved optagelsen af nye andelshavere.

Konkurrenceankenævnet vurderede herefter med rette, at betaling af negativ udligning, der er i overensstemmelse med dansk andelsrets almindelige regler, jf. det i ankenævnets afgørelse punkt 6.1. anførte, heller ikke i sig selv kan udgøre et misbrug omfattet af konkurrencelovens § 11, stk. 1.

Udover det i punkt 6.1. i ankenævnets kendelse anførte om dansk andelsrets almindelige regler bemærkes, at det ikke med henvisningen til Borden-sagen kan anses for bevist, at det altid på et konkurrencepræget marked vil være muligt ved individuel optagelse at blive medlem af indkøbende andelsselskaber uden betaling. Særligt bemærkes, at dansk andelsrets almindelige regler også finder anvendelse på Arla Foods, uanset selskabets størrelse og ledelsesform.

Det må i øvrigt have formodningen mod sig, at det vil udgøre et misbrug af en dominerende stilling, såfremt ikke enhver mælkeproducent har krav på at blive medejer af Arla Foods uden betaling.

Om den efterfølgende suspension af krav om betaling af negativ udligning kan være i strid med konkurrenceloven, kan sagsøgerne ikke få bedømt under denne sag. Under alle omstændigheder er suspensionen af opkrævningen ikke i sig selv dokumentation for, at ordningen med negativ udligning strider mod andelsretlige principper endsiges udgør misbrug af en dominerende stilling.

Sagsøgerne anfører herudover, at sagsøgerne endvidere skulle udstede et garantibevis ved optagelsen som andelshavere, og at de derfor ikke alene ikke fik del i værdierne i Arla Foods, men tillige skulle påtage sig forpligtelser. Hertil bemærkes, at alle andelshaverne har måttet påtage sig garantiforpligtelserne, og dette ændrer derfor ikke på det ovenfor anførte.

Indgreb over for en eventuel manglende sammenhæng mellem den krævede indbetaling ved optagelse som andelshaver og vilkårene for udmeldelse af Arla Foods kunne derimod muligvis være sket efter konkurrencelovens § 6, jf. Konkurrenceankenævnets bemærkninger i bilag 2, punkt 6.3.5, men da Konkurrencerådet ikke havde truffet afgørelse om dette forhold, kunne det ikke behandles af ankenævnet og kan heller ikke pådømmes under denne sag, jf. konkurrencelovens § 20.

3. Sagsbehandlingen i Konkurrenceankenævnet

3.1. Var Konkurrenceankenævnet forpligtet til at indhente yderligere oplysninger ?

Det bestrides, at Konkurrenceankenævnet i medfør af § 11 i bekendtgørelse nr. 1032 af 17. december 1997 var forpligtet til at anmode parterne om yderligere oplysninger, inden afgørelsen blev truffet, og at manglende anvendelse af denne bestemmelse i al fald må føre til sagens hjemvisning.

Der er tale om en fakultativ regel, hvorfor Konkurrenceankenævnet ikke har pligt til at anmode om oplysninger, hvis der er tale om sager, hvor det er ankenævnets vurdering, at en afgørelse truffet af Konkurrencerådet ikke har belæg i de foreliggende faktiske oplysninger.

Konkurrenceankenævnet er en klageinstans, der skal tage stilling til de indsigelser, der er rejst mod en afgørelse truffet af Konkurrencerådet. Hvis nævnet konstaterer, at rådets afgørelse ikke har tilstrækkeligt belæg i de foreliggende faktiske oplysninger, er udgangspunktet derfor også, at rådets afgørelse må ophæves. I givet fald er afgørelsen simpelthen - som tilfældet var i nærværende sag - forkert.

Det bemærkes herved også, at virkningen af Konkurrenceankenævnets afgørelse i nærværende sag jo ikke er, at der én gang for alle er taget stilling til, om den negative udligning udgør en tilsidesættelse af konkurrenceloven. Klagerne (sagsøgerne) kan således anmode Konkurrencerådet om en fornyet stillingtagen baseret på nye oplysninger, ligesom Konkurrencestyrelsen/-rådet selv kan starte sagen op på ny, herunder med henblik på at indhente yderligere oplysninger, såfremt dette skønnes hensigtsmæssigt eller nødvendigt.

Det er i den forbindelse uden betydning, om påstandsdokumentet fra Arla Foods måtte indeholde faktuelle fejl, idet ankenævnet alene har lagt vægt på de forhold, der fremgår af kendelsens punkt 6. At oplysningerne er gengi-

vet i punkt 3.3.5. ændrer ikke herpå. Tværtimod ville det være en fejl at gengive Arla Foods anbringender forkert.

3.2. Sagsbehandlingsregler i øvrigt

Endelig bestrides det, at Konkurrenceankenævnet har tilsidesat sagsbehandlingsregler ved at tillade Arla Foods' indlæg og materialesamling fremlagt under sagens behandling i ankenævnet, hvortil kommer, at en eventuel tilsidesættelse af sådanne regler ikke kan føre til, at kendelsen er ugyldig, da kendelsen under alle omstændigheder ikke er materielt forkert.

Særlig bemærkes, at Konkurrenceankenævnets reaktionsmuligheder ved forsinket eller manglende indlevering af skriftlige indlæg eller fremskaffelse af oplysninger efter § 10 og § 11 i bekendtgørelse 1032 af 17. december 1997 om Konkurrenceankenævnet i henhold til bekendtgørelsens § 12, stk. 1, alene er, at sagen kan afgøres på det da foreliggende grundlag. I øvrigt er juridiske materialesamlinger næppe omfattet af §§ 10 og 11.

Rigtigheden af sagsøgernes øvrige anbringender og indsigelser bestrides ligeledes."

Arla har ved påstandsdokument af 15. august 2006 til støtte for Konkurrenceankenævnets påstand anført:

"Biintervenient 1 støtter sagsøgtes anbringender og fastholder tidligere fremsatte anbringender.

Biintervenient 1 koncentrerer sig i dette påstandsdokument om det materielle spørgsmål om overtrædelse af konkurrencelovens § 11 som supplement til sagsøgtes anbringender desangående, idet Biintervenient 1 i det hele støtter sagsøgtes anbringender og i det hele henholder sig hertil for så vidt angår særligt sagsøgtes anbringender vedrørende de formelle og forvaltningsretlige forhold. Biintervenient 1's hovedanbringender er som følger:

1. Negativ udligning

Udtrykket "udligning" dækker i andelsretten over den betaling som finder sted ved at nye andelshavere optages som medlemmer og medejere af andelsselskabet.

Udligningen kan enten være udtryk for en forskel i værdierne i to andelsselskaber der fusioneres og svarer derved til det bytteforhold der regnes ud i en fusion af to aktieselskaber. Udligningen kan også være udtryk for den betaling en enkeltstående andelshaver må betale for at

blive medejer af andelsselskabet, hvorved det i forhold til aktieselskabet principielt kan sammenlignes med den pris en aktionær må betale for sine aktier for at blive medaktionær i selskabet.

Hvis et antal andelshavere, der optages kollektivt i forbindelse med en fusion har et positivt bytteforhold fordi de bringer aktiver og aktiviteter med ind, som har en større værdi pr. kg. mælk end, hvad der gælder i det nye andelsselskab, skal de kollektivt optagne andelshavere have penge, og der foreligger positiv udligning. Såfremt værdierne, som de nye andelshavere bringer med ind er mindre end værdierne i det nye andelsselskab, foreligger der negativ udligning. Ved enkeltvis optagelse vil der herimod altid være tale om betaling fra den nye andelshaver, da denne ikke bringer værdier med ind; og dermed vil der ved enkeltvis optagelse altid foreligge negativ udligning. Dette er baggrunden for, at adgangsbetalingen fra den enkeltvist optagne andelshaver traditionelt i andelskredse betegnes negativ udligning.

De tre sagsøgere er alle optaget enkeltvist og har derfor som øvrige andelshavere betalt negativ udligning.

Den nye andelshaver bliver medejer og får som sådan adgang til de værdier de hidtidige andelshavere har opbygget og det afkast som disse værdier giver. Udligningen er udtryk for en betaling for adgang til disse værdier.

Det gøres gældende, at denne betaling hviler på et grundlæggende andelsretligt princip om, at der skal erlægges en betaling for at blive medejer og at udligningen er en udmøntning af den andelsretlige lighedsgrundsætning. Såfremt der ikke skulle erlægges en adgangsbetaling i form af udligning ville den nye andelshaver vederlagsfrit få adgang til de værdier de hidtidige andelshavere har bygget op i selskabet og det ville være en ulige behandling af andelshaverne. Endelig understøtter udligningen det andelsretlige solidaritetsprincip, idet udligningen modvirker spekulativ ud- og indmeldelse i år hvor andelsselskabets repræsentantskab har besluttet, at andelshaverne bidrager til selskabets konsolidering.

Opkrævningen af negativ udligning er ikke en ny praksis, men er tværtimod i Arla blevet opkrævet siden begyndelsen af 1970'erne. Før 1983 udgjorde den negative udligning 8 øre pr. kg mælk i det første år eller 5 øre pr. kg mælk i to år. Fra 1983 til 1992 udgjorde vederlaget 15 øre fordelt med 8 øre pr. kg mælk det første år og 7 øre pr. kg mælk det andet år. I perioden fra 1992 til slutningen af 1990'erne udgjorde vederlaget 10 øre pr. kg mælk i et år. Ordningen blev herefter suspenderet indtil 2002, da selskabet i denne periode var involveret i en række fusioner

med deraf følgende ændringer i den økonomiske struktur, hvorfor det på dette tidspunkt ikke var hensigtsmæssigt at foretage opkrævning af negativ udligning. Der var kun tale om en midlertidig ophævelse af ordningen, hvorfor Arla ved beslutning af 5. februar 2002 genindførte ordningen med 2% af basisprisen pr. kg mælk i tre år. Der er således tidligere blevet opkrævet et vederlag i negativ udligning, der er nominelt på linie med og pristalsreguleret en del højere end den ordning, der er til pådømmelse i denne sag.

2. Betydningen af medejerskab

Konkurrencerådet negligerer det juridiske faktum, at en andelshaver er medejer af selskabet. Dette er en juridisk fejlslutning fra Konkurrencerådets side.

Det er en juridisk realitet, at andelshaverstatus giver medejerskab til andelsselskabets værdier og dette ejerskab kan for så vidt sammenlignes med en aktionærs i et aktieselskab. Det følger af forarbejderne til lov om visse erhvervsvirksomheder §§ 3 og 4, at der ikke er tilsigtet nogen materiel forskel fra aktieselskabslovens definition i § 1, stk. 4 hvor der står, at formuen fordeles bl.a. aktionærerne i tilfælde af selskabets opløsning. Denne ordning fremgår også af Arla Foods amba's vedtægter.

Dette mejerejerskab betyder for det første, at andelshaveren får ret til at oppebære efterbetaling, som er en udlodning af den del af overskuddet i selskabet som repræsentantskabet ikke tilbageholder til konsolidering. Overskuddet genereres på baggrund af den egenkapital som er oparbejdet i Arla i form af bl.a. mejerianlæg til at producere forædlede mejeriprodukter som giver et afkast til ejerne, hvori de får en større andel i produkt værdikæden end ved blot at afsætte deres uforarbejdede mælk til 3. mand.

Derudover er det en realitet, at andelshaverstatus betyder medejerskab til Arla Foods amba og alle selskaber i koncernen og adgang til udlodning hvis ejerne måtte beslutte sig for et frasalg eller børsnotering. Også i forbindelse med likvidation eller selskabsomdannelse kan der blive frigivet store værdier til udlodning til ejerne.

Alene en sammenligning med den ufordelte egenkapital i Arla, som er på ca. 7 mia. kr. i forhold til en indvejning på ca. 6,3 mia. kg. mælk fra andelshaverne giver en værdi på kr. 1,11 pr. kg mælk. Hertil kommer, at den reelle markedsværdi af Arla er højere.

Konkurrencerådet opgjorde den negative udligning til 5 øre pr. år i tre år. Reelt har den været lidt mindre (ca. 4,3 øre i det år Konkurrencerådet traf afgørelse), men selv ved en sammenligning med adgang til afkast af værdier på mere end 1 kr. pr. kg. - for altid - i mod en betaling af 5 øre pr. kg. i tre år overstiger værdierne af medejerskabet så langt adgangsbetalingen. I de for konkurrencerådsafgørelsen relevante år 2000/01, 2001/02 og 2002/03 var efterbetalingen på henholdsvis 15,53 øre, 12,78 øre og 11,77 øre pr. kg mælk til sammenligning med den negative udligning på under 5 øre. Hvis der yderligere sammenlignes med den konsolidering som de eksisterende andelshavere har foretaget gennem de samme tre år har denne været på i alt 23 øre pr. kg. mælk og altså også væsentlig over den negative udligning. Hertil kommer, at en række aktiver er frasolgt til mere end bogførte værdier. Via den årlige resultatdisponering har andelshaverne fået adgang til disse merværdier enten via mælkeprisen eller som følge af, at disse er konsolideret ind i selskabet.

Sammenfattende forekommer det utvivlsomt, at medejerskab giver adgang til værdier og årligt afkast heraf som væsentligt overstiger den treårige beskedne betaling til negativ udligning. Hertil kommer, at betalingen end ikke dækker det beløb som de eksisterende andelshavere har indbetalt til egenkapitalen - ved tilbageholdelse i overskuddet - alene gennem de nævnte tre år - og betalingen i form af negativ udligning er derfor alene en delvis compensation og udtryk for ligebehandling i forhold til de eksisterende andelshavere.

3. Konkurrencelovens § 11

Det gøres gældende, at Konkurrenceankenævnet korrekt når til i sin afgørelse, at konkurrencelovens § 11 ikke gør indgreb i eksistensen af negativ udligning som flyder af grundlæggende andelsretlige principper.

Ankenævnet udtaler bl.a. følgende herom:

"Som antaget af Konkurrencerådet indebærer kravet om betaling af negativ udligning som betingelse for optagelse, at en ny andelshaver skal betale et beløb for et medejerskab, som den pågældende ikke selv kan realisere. Dette forhold er efter det, der er anført foran under 6.1 ... i overensstemmelse med dansk andelsrets almindelige regler, og der er hverken i ordlyden af forarbejderne til eller praksis vedrørende konkurrencelovens § 11 eller i det faktum, som fremgår af Konkurrencerådets afgørelse, grundlag for at antage, at forholdet i sig selv skulle kunne konstituere et af lovens § 11, stk. 1, omfattet misbrug."

Adgangsbetaling for at blive medejer af et andelsselskab (negativ udligning) flyder således af grundlæggende andelsretlige regler og konkurrencelovens § 11 gør ikke indgreb i eksistensen af dette princip eller disse regler.

Konkurrencelovens § 11 kan alene normere udøvelsen af princippet, hvis der opkræves en adgangsbetaling som Konkurrencerådet kan dokumentere udgør et misbrug på grund af betalingens eksorbitante størrelse. Det må som et minimum kræve, at Konkurrencerådet beviser, at adgangsbetalingen væsentlig overstiger de værdier som medejerskabet giver adgang til og at betalingen ikke ville have kunnet opkræves, hvis Arla Foods havde en svagere stilling på markedet for indkøb af uforarbejdet mælk.

Det gøres gældende, at såvel sagsøgte som biintervenient 1 har påvist, at de værdier som andelshavestatus giver adgang til så rigelig overstiger adgangsbetalingen i form af negativ udligning og Konkurrencerådet har ikke gjort noget forsøg på at løfte sin bevisbyrde for det modsatte. Rådet negligerer således fejlagtigt den juridiske betydning af medejerskab. Hertil kommer, at tilsvarende og højere udligning er blevet opkrævet helt tilbage fra 1970-erne, hvor det daværende Mejeriselskabet Danmark så langt fra havde nogen stærk position i Danmark og uanset dette var de daværende nye andelshavere villige til at betale et beløb som nominelt er i samme størrelsesorden og dvs. i dag reelt meget større end den nuværende negative udligning.

Det gøres endvidere gældende, at negativ udligning er sædvanligt og sagligt i andelsselskaber og er blevet praktiseret objektivt og ikke-diskriminerende. Som følge heraf kan negativ udligning ej heller udgøre et misbrug, da et sådant efter fast praksis ikke kan foreligge, hvis foranstaltningen har en saglig og objektiv begrundelse og i tilgift hertil er en sædvanlig brancheforanstaltning. I den forbindelse henvises til Højesterets præmisser i dommen af 1. april 2004 sag 547/2002...

....

Biintervenient 1 gør gældende, at der blandt alle fem dommere var enighed om den juridiske betydning og baggrund for negativ udligning,...

Det gøres endvidere gældende, at 2% af basisprisen er et meget beskedent beløb for den enkelte andelshaver. Udover basisprisen får andelshaveren et forædlingstillæg baseret på indholdet af værdistofferne i mælken og efterbetaling ved overskudsdisponeringen efter afslutningen af regn-

skabsåret. Det vil sige, at negativ udligning reelt udgør noget mindre end 2% af den samlede mælkeafregning. Det gøres gældende, at en sådan beskeden adgangsbetaling ikke har en tilstrækkelig størrelse til at kunne påvirke konkurrencen på markedet for indkøb af uforarbejdet mælk i Danmark og kan som følge heraf ej heller udgøre et misbrug af dominerende stilling i henhold til konkurrencelovens § 11.

Den af Arla opkrævede negative udligning har således ikke en størrelse som er påkrævet for at kunne påvirke konkurrencen eller udgøre en opkrævning af urimelige priser, jf. forarbejderne til konkurrencelovens § 11 og fast praksis herunder EU praksis fra fællesskabsdomstolene. Konkurrencerådet har ikke gjort noget forsøg på at løfte sin bevisbyrde for at der foreligger urimeligt høje priser.

Det gøres gældende, at opkrævningen af negativ udligning er en foranstaltning som dels udmønter den grundlæggende andelsretlige lighedsgrundsætning og som dels tjener til at sikre en tilfredsstillende drift af andelsselskabet og sikre et tilstrækkelig bredt økonomisk grundlag og en vis stabilitet i medlemskredsen. Sådanne foranstaltninger er af fællesskabsdomstolene anerkendt som nødvendige og saglige foranstaltninger, der ikke udgør nogen form for overtrædelse af konkurrencereglerne. Konkurrencelovens § 11 skal i henhold til forarbejderne hertil fortolkes i overensstemmelse med EU-konkurrencereglerne herunder EF-Traktatens artikel 82.

Det gøres gældende, at Konkurrencerådets afgørelse i sagen vedrørende Arla's negative udligning er udtryk for en forskelsbehandling i forhold til andelsselskabet Danish Crown AmbA, som har fået tilladt følgende i sine vedtægter om adgangsbetaling ved optagelse af nye andelshavere:

"...også såfremt disse regler måtte stille krav om en vis betaling til den fusionerede virksomhed til fusionerede virksomhed til dækning af de værdier, den nye andelshaver får adgang til."

Jens Erik Jensen har ved påstandsdokument af 14. august 2006 til støtte for Konkurrenceankenævnets påstand blandt andet anført:

"Den negative udligning er et udtryk for den betaling for ejerandele, nye andelshavere må betale for at få fuld liggeret med de gamle andelshavere til andelsselskabets værdier, som gennem årene er opbygget af de gamle andelsha-

vere, gennem afsavn af de gamle andelshavers afregning til konsolidering m.m.

Det tre sagsøgere har i negativ udligning betalt fra 9 til godt 12 øre pr. kg. mælk af deres nuværende produktion i alt over 3 år.

Alene renteafkastet af Arlas formue overstiger sagsøgerens betaling af negativ udligning.

Skulle Arla indgå en fusion på tilsvarende vilkår som ved Kløverfusionen ville alle andelshavere også sagsøgeren, få indsat langt større beløb på personlige konti, end den betalte negative udligning.

Ved salg af virksomheden vil provenuet til andelshaverne overstige den negative udligning mange gang. Den negative udligning udgør kun ca. 10% af de nye andelshaveres andel af Arlas bogførte, fælles egenkapital. Alle disse andelshaverforhold, bortset fra renteafkastet af formuen, har ikke indgået i Konkurrencerådets sagsbehandling og kendelse.

..."

Der er for landsretten - ligesom det var tilfældet under sagens behandling for Konkurrenceankenævnet og Konkurrencerådet - enighed om, at Arla er dominerende og at sagen alene drejer sig om, hvorvidt Arla har misbrugt sin dominerende stilling.

Landsrettens begrundelse og resultat

Sagen drejer sig om, hvorvidt Konkurrenceankenævnet med rette har ophævet Konkurrencerådets afgørelse. Landsretten kan derfor i denne sag alene tage stilling til, om der ud fra de oplysninger, der forelå for Konkurrencerådet, da rådet traf afgørelse, var grundlag for rådets antagelse om, at der forelå misbrug af dominerende stilling.

Det misbrug, Konkurrencerådet lagde til grund, at Arla havde begået, bestod ifølge afgørelsens pkt. 9, jf. pkt. 108-110, i "urimelige økonomiske vilkår" i form af "en urimelig høj be-

taling", som "udgør en barriere for adgangen til markedet for nye andelshavere, ligesom det kan indebære væsentlige tab for leverandører, der må skifte til Arla fra andre mejerier". Konkurrencerådet lagde vægt på, at den negative udligning efter rådets opfattelse ikke svarede til en tilsvarende modydelse.

Ankenævnets begrundelse for at tilsidesætte afgørelsen er ifølge kendelsens pkt. 6.3.4 navnlig, at Konkurrencerådets antagelse om, at det beløb, der skulle betales i negativ udligning "må anses for at have en sådan størrelsesorden, at det påtvinger nye andelshavere en urimelig høj betaling" ikke var understøttet af "en beskrivelse og analyse af faktuelle forhold, som giver grundlag for at fastslå, at der foreligger en overtrædelse af konkurrencelovens § 11, stk. 1". Endvidere fandt Konkurrenceankenævnet, jf. særligt pkt. 6.3.5, at det forhold, at nye andelshavere i overensstemmelse med dansk andelsrets almindelige regler skal betale et beløb for et medejerskab til et andelsselskab med de værdier, de eksisterende andelshavere har opbygget, ikke i sig selv er omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 11, stk. 1.

Landsretten tiltræder, at et vilkår, hvorefter nye andelshavere skal betale for at få del i den i et andelsselskab af de eksisterende andelshavere oparbejdede værdi, må anses for et udslag af den andelsretlige lighedsgrundsætning, som ikke i sig selv kan anses for stridende mod det konkurrenceretlige forbud mod misbrug af dominerende stilling. For at statuere misbrug som sket i Konkurrencerådets afgørelse kræves, at Konkurrencerådet faktisk underbygger den antagne konkurrencebegrænsende effekt af vilkåret. Der er ikke for landsretten fremkommet oplysninger om, at Konkurrencerådets afgørelse, der efter sin ordlyd alene støttede sig på antagelser om betydningen af størrelsen af det beløb, der skulle betales i negativ udligning, var baseret på en på faktuelle oplysninger

baseret analyse af den konkurrencemæssige virkning af vilkåret, og herunder en nærmere vurdering af, hvilke værdier de nye andelshavere fik del i ved optagelsen som andelshavere. Landsretten tiltræder som følge heraf, at Konkurrenceankenævnet har ophævet Konkurrencerådets afgørelse.

Det forhold, at Konkurrenceankenævnet ikke under behandlingen af Arlas klage har søgt at tilvejebringe de faktiske oplysninger og herunder den analyse, der savnes i Konkurrencerådets afgørelse, kan ikke føre til et andet resultat. En så vidtgående forpligtelse til at tilvejebringe oplysninger følger ikke af Konkurrenceankenævnets forretningsorden og ville stride mod nævnets funktion som prøvelsesinstans.

Landsretten tager herefter Konkurrenceankenævnets frifindelsespåstand til følge.

Anker Løfstedt, Mogens Hansen og Torben Christensen skal betale sagsomkostninger til Konkurrenceankenævnet som nedenfor bestemt. Ved fastsættelsen af sagsomkostninger er der ud over sagens værdi lagt vægt på varigheden af domsforhandlingen og sagens omfang. Ved omkostningsfastsættelsen indgår endvidere et beløb til Konkurrenceankenævnets materialesamling i 7 eksemplarer på 7.507,50 kr. Da Arlas bintervention efter det oplyste er sket på foranledning af sagsøgerne, og da Arla har en åbenbar interesse i sagen, tillægges der endvidere Arla sagsomkostninger som nedenfor bestemt. Jens Erik Jensen tillægges ikke sagsomkostninger, da der ikke foreligger særlige omstændigheder, der taler herfor.

T h i k e n d e s f o r r e t :

Konkurrenceankenævnet frifindes.

I sagsomkostninger skal sagsøgerne, Anker Løfstedt, Mogens Hansen og Torben Christensen, inden 14 dage betale 150.000 kr. til sagsøgte, Konkurrenceankenævnet, og 75.000 kr. til biintervenient 1, Arla a.m.b.a. Beløbene forrentes i medfør af rentelovens § 8a.

(Sign.)

— — —
Udskriftens rigtighed bekræftes. Østre Landsrets kontor, den

28/9-06

P.j.v.


Susanne Fabricius
Sektionsleder