

MD Foods og Kløver mælks aftaler om P-amba og M-amba

Jnr.: 2:8032-166/mda

Rådsmødet den 26. august 1998

1. Resumé

MD Foods amba og Kløver Mælk A.m.b.a. har anmeldt en række aftaler, herunder aftalerne om Produktionselskabet ("P-amba") og om Mælkeleveringselskabet ("M-amba") samt deres aftale i tilslutning til disse aftaler ("tilslutningsaftalen"). Aftalerne er anmeldt med henblik på at få individuel fritagelse i henhold til konkurrencelovens § 8, stk. 1.

Aftalen om M-amba fastlægger regler for disponering af ca. 90 % af mælkemængden på det danske marked. Parterne har leveringspligt til selskabet og pligt til at fremlægge drifts- og investeringsbudgetter til godkendelse for selskaber omfattet af samarbejdet mellem MD Foods og Kløver Mælk.

Aftalen om P-amba omfatter parternes produktion af konsummælkprodukter og fast gul ost og fastlægger eksklusiv købspligt for aftaleparternes behov for disse produkter.

Tilslutningsaftalen regulerer parternes ydelser over for andelshaverne (landmændene) samt opsigelse.

Aftalerne er anmeldt som gamle aftaler men for så vidt angår aftalen om P-amba er fremlagt forslag til ændringer, som rådet skal tage stilling til.

Forelæggelsen af ansøgningerne skal ses på baggrund af Konkurrenceankenævnets kendelse fra den 12. december 1997, hvor ankenævnet ophævede Konkurrencerådets påbud af 28. maj 1997 over for P-amba, men udtalte samtidig at man kunne tiltræde, at der var grundlag for at optage forhandling med parterne om ændring af aftalen. Fakta i sagsfremstillingen er de samme som forelå ved ankenævnets kendelse dog således, at oplysninger om prisudvikling og om rationaliseringer er ajourført.

MD Foods og Kløver Mælks øvrige anmeldelser vil blive forelagt rådet på et senere tidspunkt.

2. Afgørelse

Konkurrencerådet fandt, at følgende bestemmelser i aftalerne er konkurrencebegrænsende, jf. konkurrencelovens § 6, og ikke kan fritages efter konkurrencelovens § 8, stk. 1:

M-amba:

- § 5, stk. 1
- § 5, stk. 6
- § 9, stk. 8, 4. pind, jf. § 3, stk. 3, om vetoet for udmeldelse af medlemmer

P-amba:

- § 5, stk. 1
- § 5, stk. 3
- § 7, stk. 7, 3. pind, jf. § 3, stk. 3, om vetoet for udmeldelse af medlemmer

Tilslutningsaftalen:

- Pkt. 2.1.
- Pkt. 2.2
- Pkt. 2.3
- Pkt. 3.3

MD Foods og Kløver Mælk pålægges i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, at ophæve disse bestemmelser i aftalerne, jf. konkurrencelovens § 16, stk. 1, nr. 1. Ophævelsen skal være foretaget senest den 1. december 1998, jf. konkurrencelovens § 27, stk. 4.

Det forudsættes, at mejerierne vedtager og underskriver de af mejerierne foreslåede ændringer, for så vidt angår § 2, stk. 1 og § 5, stk. 4, i aftalen om P-amba inden den 1. december 1998.

3. Sagsfremstilling

3.1. Indledning

MD Foods og Kløver Mælk har ved brev, modtaget den 29. juni 1998, anmeldt deres indbyrdes aftaler om Produktionsselskabet ("P-amba"), Mælkedisponeringsselskabet ("M-amba") og aftale i tilslutning til stiftelse af og vedtægtsændringerne i M-amba og P-amba ("tilslutningsaftalen") med anmodning om fritagelse efter § 8, stk. 1.

3.2. Mælkemarkedet

MD Foods er Danmarks største mejeriselskab med en koncernomsætning i 1996/97 på 23,1 mia. kr. Heraf stammer 13 mia. kr. fra det danske moderselskab. 8,1 mia. kr. af den samlede omsætning kommer fra det danske marked.

Kløver Mælk omsatte i 1996/97 for 3,9 mia. kr. (koncernomsætning). Selskabets datterselskab, Enigheden A/S i Århus, der fremstiller konsummælkprodukter, ejes for 49,9 % vedkommende af LO i Århus, A/S Mejeriet Enighedens Medarbejderforening samt A/S Produktionsforeningen, Århus. Kløver Mælk har et salgssamarbejde om konsummælk med Borup Andelsmejeri i Nordsjælland.

Den samlede mælkeproduktion var i oktoberåret 1996/97 omtrent 4,5 mia. kg, og heraf fordelte M-amba knap 90 %. MD Foods indvejer 72% og Kløver Mælk 15% af den samlede mælkemængde fra landmændene. Resten - 13 % - går til nogle ostemejerier, kondensfabrikker og til en række små konsummælkmejerier. Der er praktisk taget ingen import af ubehandlet mælk, og landmændenes salg er reguleret af kvoter i henhold til EU's markedsordning.

MD Foods og Kløver Mælk er de eneste udbydere på det danske marked af et fuldt sortiment inden for konsummælkprodukter. Tilsammen har de en markedsandel på ca. 95 % for tungvarer og formentlig knap så meget for de syrnede produkter. Fordelingen mellem dem er knap 60 % til MD Foods og 40 % til Kløver Mælk.

Den største del af salget af konsummælkprodukter sker i henhold til længerevarende aftaler om landsdækkende distribution med kæderne. MD Foods største aftager er FDB, mens Kløver Mælk største kunde er Dansk Supermarked. FDB og Dansk Supermarked har tilsammen omkring 60 % af dagligvareomsætningen i detailledet. Dagligvareforretningerne lægger generelt vægt på, at mejerierne tilbyder et fuldt sortiment af konsummælkprodukter. Normalt er der kun én leverandør af tungvarer, men der kan være flere leverandører af syrnede produkter.

Salget af fast gul ost til detailhandelen er adskilt fra konsumprodukterne. Der er flere udbydere af fast gul ost til det danske marked end for konsumprodukter. Importen af fast gul ost anslås af mejerierne til ca. 7 % af detailsalget i Danmark, men er voksende. Salget omfatter færdigpakkede oste og hele oste til detailkæderne, catering mv. I detailforretninger vil der oftest være gul ost fra flere forskellige leverandører, og i de større detailforretninger sker en betydelig del af salget under detailkædernes egne mærker.

3.3. Aftalen om M-amba

Formålet med aftalen er at opnå en rationel disponering af den råmælk, selskabet har rådighed over. Der er tale om en horisontal aftale.

Medlemmer er MD Foods og Kløver Mælk, men der kan med kvalificeret flertal på selskabets generalforsamling træffes afgørelse om optagelse af nye medlemmer.

MD Foods og Kløver Mælk har ved aftalen forpligtet sig til at fordele al deres ubehandlede mælk, inklusiv eventuelle indkøb af råmælk fra andre mejerier, gennem det fælles Mælkeleverings- og investeringsselskab (M-amba). Mejerierne skal løbende oparbejde den mælk, der tilføres fra landmændene (andelshaverne), idet ubehandlet mælk kun kan opbevares i kort tid. Såfremt der ikke budgetteres med en rentabel afsætning for den totale tilførsel, vil der kunne ske oplagring af færdigprodukter, navnlig mælkepulver (for den fedtfri del) og smør.

MD Foods og Kløver Mælk og de medlemsejede fællesskaber skal løbende forelægge deres mælke- og investeringsbudgetter for selskabet.

M-amba's højeste myndighed er selskabets generalforsamling. Selskabet ledes af en bestyrelse med 11 medlemmer – 6 fra MD Foods og 5 fra Kløver Mælk. Visse afgørelser, herunder vedtagelser af mælkebudgetter og investeringsbudgetter, skal ske med 3/4 stemmeflerhed på et møde hvor 2/3 af bestyrelsesmedlemmerne er tilstede. Optagelse af nye medlemmer eller udmeldelse af bestående

behandles på generalforsamlingen og beslutning kræver 3/4 stemmeflertal på et møde hvor 2/3 af de delegerede fra hver af de to medlemmer er mødt op .

M-amba modtager betaling for de disponerede råmælkemængder og derudover overskud fra mejeriernes fælles selskaber (P-amba og K-amba). Årets overskud bliver i henhold til vedtægternes § 7, stk. 5, udbetalt til selskabets medlemmer ud fra medlemmernes råvareleverancer.

3.4. Aftalen om P-amba

Produktionsselskabet (P-amba) står for mejeriernes produktion til hjemmemarkedet af konsummælkprodukter og af fast gul ost. P-amba har ingen salgsfunktion, den ligger i moderselskaberne som har kontakten til dagligvarekæderne, kiosker, catering mv.

Selskabets formål er ud fra medlemmernes råvareleverancer, at drive virksomhed med produktion af konsummælk, specialvarer og ost.

MD Foods og Kløver Mælk er pligtige at aftage deres samlede behov for færdigvarer fra selskabet, i det omfang selskabets produktionssortiment og produktionskapacitet muliggør dette.

P-amba er pligtig primært at lade behovet for råmælk og mælkeråvarer dække gennem køb hos MD Foods og Kløver Mælk men kan dog også hos tredjemand foretage indkøb heraf.

Bestyrelsen for P-amba omfatter 3 medarbejdere fra MD Foods og 2 fra Kløver Mælk (de to selskabers administrerende direktører og 3 ikke-salgsansvarlige medarbejdere). Til afgørelse af nærmere angivne vigtige spørgsmål – bl.a. optagelse af nye medlemmer og udtræden af nuværende - kræves 2/3 flertal i bestyrelsen samt forudgående beslutning i bestyrelsen hos hvert af medlemmerne (§ 3, stk. 3 og § 7, stk. 7).

P-amba's resultat udbetales/indbetales til medlemmerne ud fra deres råvareleverancer. Medlemmer er M-amba, MD Foods og Kløver Mælk samt Kløver Mælks datterselskab Enigheden A/S i Århus. Da råvareleverancerne kommer fra M-amba, vil resultatet blive udbetalt/indbetalt til dette selskab.

3.5 Tilslutningsaftalen

Tilslutningsaftalens formål er at sikre, at parterne overholder de forpligtigelser, som de har indgået i de øvrige aftaler under hensyn til det grundlag for et forpligtende økonomisk samarbejde, der blev vedtaget oprindeligt den 21. maj 1992.

Derudover indeholder den bestemmelser om at andelshaverne i de 2 selskaber i videst muligt omfang stilles ens i alle forhold, der direkte eller indirekte vedrører betaling for ydelser og varer mellem selskaberne og andelshaverne samt at den aconto-afregning, som andelshaverne modtager, skal være den samme.

Endelig er begge selskaber pligtige ikke til andelshaverne – direkte eller indirekte – at lade disse tilflyde nogen form for udlodning, som ikke også tilflyder andelshaverne i det andet selskab, uanset om denne hidrører fra egenkapitalen, fra gevinst ved afhændelse af aktiver eller anden form for kapitaludlodning eller på anden tilsvarende måde

Eventuelle forskelle i MD Foods og Kløver Mælks resultater vil dermed alene skulle give sig udslag i selskabernes restbetalinger til andelshaverne og i konsolidering af selskabet.

Opløsning eller udtræden af M-amba og P-amba kræver ifølge disse selskabers vedtægter kvalificeret flertal således, at MD Foods respektive Kløver Mælk i praksis kan blokere. Derudover er der i tilslutningsaftalen aftalt, at MD Foods respektive Kløver Mælk gerne må indgå fusioner, blot det pågældende selskab er det fortsættende, jf. pkt. 3.2. Indgår et af selskaberne i andre former for fusioner skal selskabet betragtes som ophørt som medlem af M-amba og P-amba.

I så fald er selskaberne enige om, at det således ophørte selskab til M-amba skal indbetale et beløb, der svarer til 1 kr. pr. kg mælk leveret af det ophørte selskab til M-amba i de seneste 12 måneder forud for medlemskabets ophør.

Dette vil for MD Foods betyde et beløb i størrelsesorden 3 mia. kr. og for Kløver Mælk 700 mio. kr. Medlemsrettigheder og forpligtelser kan ikke særskilt eller på anden måde overdrages eller overgå til tredjemand.

3.6. Udviklingen i priser og rationaliseringer

Konkurrencerådet traf den 28. maj 1997 afgørelse om at indkalde mejerierne til forhandlinger om ændringer i aftalen om P-amba i henhold til den tidligere konkurrencelovs § 11. Rådet lagde vægt på to forhold. Priserne til detailhandelen for tungvarer var steget til et niveau, der lå væsentligt over, hvad der ville være muligt på et marked med virksom konkurrence. Dernæst var mejeriernes rationaliseringsindsats væsentligt mindre, end der var stillet i udsigt ved samarbejdets start. Ved ankenævnets kendelse den 12. december 1997 er det som nævnt tiltrådt, at der var baggrund for at optage forhandlinger om ændring af aftalen.

3.6.1. Prisudviklingen

Listepriserne for konsummælkprodukter til detailhandelen er ikke ændret siden 1996. Derimod er mejeriernes rabatter til detailhandelen hævet. Disse rabatter fastlægges i mejeriernes (fler)årsaftaler med de enkelte kæder, og disse aftaler reguleres på forskellige tidspunkter over året.

Samlet er billedet fra 1992 til i dag, at listeprisen til butikkerne for 1/1 liter letmælk er steget med 52 øre (uden moms). Nettopriserne er hævet mindre, i gennemsnit 20-30 øre. Afregningsprisen til landmanden er i samme periode faldet med omkring 15 øre pr. kg.

Afregningen til landmanden viser det samlede udbytte fra salget af mejeriprodukter for de forskellige anvendelser. Konsummælkproduktionen udgør mængdemæssigt kun godt 15 % heraf. Konsummælkpriserne er steget væsentligt mere end gennemsnittet. Prisudviklingen for letmælk mv. har navnlig skilt sig ud efter 1992. På et marked med virksom konkurrence vil dette føre til en omlægning af mælkeanvendelsen, således at mere vil forsøges afsat til konsum. Derved vil konsumprisen blive presset, og man vil vende tilbage til en balance, hvor de forskellige anvendelser af mælken over tid vil give et afkast, der står i nogenlunde fast forhold til hinanden. Dette er ikke sket.

3.6.2. Rationalisering

I 1992/93 havde mejerierne oplyst, at de forventede rationaliseringsgevinster af hele samarbejdet lå på 174,5-189,5 mio. kr. inden for 1-5 år. Frem til 1995/96 var der opgjort realiserede gevinster på 85 mio. kr. Af de forventede rationaliseringer skulle 69-84 mio. kr. ske inden for P-amba's rammer. Heraf var frem til 1995/96 opnået 36 mio. kr.

De forventede rationaliseringer var et forhold, der blev tillagt afgørende vægt af rådet, da man i sin tid (28. september 1994) besluttede, at tage MD Foods og Kløver Mælks aftaler til efterretning.

Der foreligger ikke oplysninger om, at forholdene skulle have ændret sig væsentligt siden Konkurrencerådets bedømmelse heraf i maj 1997.

3.7. MD Foods og Kløver Mælks bemærkninger

MD Foods og Kløver Mælk har en række bemærkninger til styrelsens beskrivelse af konkurrenceforholdene. Det drejer sig om, at de finder, 1) at det ved beskrivelse af udviklingen ikke er rimeligt at tage udgangspunkt i 1992, hvor konkurrencen var særlig intens, 2) at konkurrencen kommer til udtryk på anden måde end i listeprisudviklingen (rabatter og konkurrence om afsætning af andre produkter, aktuelt frisk mælk og blandingsprodukter (Kærgården og KløverBlomst)), samt 3) at der foreligger en række yderligere forhold, der bør tages i betragtning ved beskrivelsen af udviklingen i rationaliseringsbestræbelserne.

4. Vurdering

4.1. Konkurrencelovens § 6

Aftalerne om M-amba, P-amba og tilslutningsaftalen omfatter erhvervsvirksomhed og er dermed omfattet af konkurrenceloven, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 1.

Følgende bestemmelser i aftalerne skal vurderes i forhold til konkurrencelovens § 6:

4.1.1. Aftalen om M-amba

§ 5, stk. 1, hindrer, at MD Foods og Kløver Mælk leverer (og dermed disponerer) ubehandlet mælk uden om M-amba samt pålægger købspligt for M-amba.

§ 5, stk. 6, kan hindre parterne i, uden godkendelse fra M-amba at gennemføre investeringer, der vedrører aktiviteter omfattet af samarbejdet. Det omfatter såvel investeringer på eksisterende anlæg som planlagte nye investeringer.

Medlemmerne kan ifølge udtrædelsesbestemmelserne i § 9, stk. 8, afskæres fra at træde ud af samarbejdet og selv disponere sin mælkemængde medmindre der opnås tilslutning fra $\frac{3}{4}$ af generalforsamlingen. Det betyder, at MD Foods respektiv Kløver Mælk har vetoret over for hinandens udtræden.

Mejerierne bestrider ikke, at de anførte bestemmelser - § 5, stk. 1, § 5, stk. 6 og § 9, stk. 8, jf. § 3, stk. 3 - er konkurrencebegrænsende. De finder imidlertid, at de vil kunne fritages i henhold til konkurrencelovens § 8, stk. 1.

4.1.2. Aftalen om P-amba

§ 5, stk. 1, pålægger MD Foods og Kløver Mælk købspligt og begrænser dermed deres mulighed for at aftage produkter fra andre udbydere eller evt. fremstille dem selv, for så vidt der er tale om produkter inden for P-amba's produktsortiment og kapacitet. Bestemmelsen er dermed omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1.

§ 5, stk. 3, indeholder en forpligtelse for P-amba til i sine kommercielle dispositioner at give fortrinsstilling til leverancer fra medlemmerne. Dette kan fordreje konkurrencen fordi andre leverandører af råmælk og mælkeråvarer ikke stilles lige med Kløver Mælk og MD Foods.

Mejerierne har til § 5, stk. 3 anført, at bestemmelsen er mindre væsentlig da der allerede er åbnet op for køb fra andre.

Forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, gælder imidlertid alle aftaler, der har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, og da bestemmelsen allerede efter sin formulering stiller andre leverandører ulige, vil den efter styrelsens vurdering være omfattet af forbudet i § 6, stk. 1.

Bestemmelsen i § 7, stk. 7, jf. § 3, stk. 3, hvorefter et medlem kan afskæres fra at udtræde medmindre der opnås 2/3's flertal i bestyrelsen, kan hindre det pågældende medlem i at etablere produktion inden for P-amba's sortiment og kapacitet. Bestemmelsen er derved omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1.

4.1.3. Tilslutningsaftalen

Tilslutningsaftalen forpligter parterne til at stille deres andelshavere ens i alle forhold, der vedrører betaling for varer og tjenester, bortset fra restbetalingen (pkt. 2.1.-2.2.). Det enkelte mejeri hindres således i f.eks. at hæve acontoafregningen og dermed tiltrække nye andelshavere.

Pkt. 2.3. medfører at det enkelte mejeri ikke umiddelbart har frihed til at udlodde dele af sin formue, idet beslutning herom forudsætter enighed og parallelitet.

Pkt. 3.3. begrænser det enkelte mejeri i ensidigt at træffe beslutning om at indgå i en fusion som det ikke-fortsættende selskab, da det herved ville pådrage sig overordentlig store omkostninger.

Mejerierne finder, at tilslutningsaftalen er uden selvstændig betydning. Uden aftalen om P-amba og M-amba vil den falde bort. Styrelsen skal hertil anføre, at rådet vil skulle tage selvstændig stilling til de bestemmelser, der er anmeldt.

Til bestemmelserne i pkt. 2.1.-2.2 anfører MD Foods og Kløver Mælk, at mælkepriser blandt mejerierne altid sammenlignes incl. efterbetaling og konsolidering, dvs. på nettoresultat ab ejendom niveau. Indtil efterbetaling og konsolidering er kendt, vil der være usikkerhed om mejeriets mælkepris. Det vil ifølge mejerierne derfor være svært at se at forskellige acontoafregninger vil ændre herved. Yderligere anføres, at aftalen ikke hindrer konkurrence om nye andelshavere.

Styrelsen skal hertil anføre, at bestemmelsen har til formål at hindre at Kløver Mælk og MD Foods søger at tiltrække andelshavere fra hinanden ved andre parametre end restbetalingen (fx ved acontobetaling, lån til anskaffelser eller andre varer eller ydelser). Bestemmelsen har dermed til formål at hindre konkurrence mellem mejerierne på alle disse andre parametre og allerede derfor vil den være omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Mejerierne har ikke argumenteret for, at pkt. 2.3 ikke skulle være konkurrencebegrænsende og omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Pkt. 3.3. tilskynder det enkelte medlem til ikke at indgå i fusioner som det ikke-fortsættende selskab medmindre det betaler et overordentligt stort beløb. Dermed begrænses medlemmernes frihed til at søge nye organisationsformer og dermed effektivisering af mejerivirksomheden. Bestemmelsen er dermed omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1.

4.1.4. Samlet vurdering af forholdet til konkurrencelovens § 6

De nævnte bestemmelser må herefter anses for at være forbudt i henhold til konkurrencelovens § 6, stk. 1, med mindre de omfattes af bagatelreglerne i konkurrencelovens § 7, af en gruppefritagelse udstedt i medfør af konkurrencelovens § 10, af reglerne i konkurrencelovens § 4, eller vil kunne opnå fritagelse i henhold til konkurrencelovens § 8, stk. 1.

Allerede i kraft af den samlede omsætning hos medlemmerne på omkring 27 mia. kr. vil aftalerne ikke falde under bagatelreglen i konkurrencelovens § 7. Aftalerne er heller ikke omfattet af nogen gruppefritagelse.

4.2. Konkurrencelovens § 4 – EU's rådsforordning 26 af 4. april 1962

I henhold til konkurrencelovens § 4 gælder forbudsbestemmelserne i konkurrencelovens kap. 2 ikke konkurrencebegrænsende aftaler, der er meddelt fritagelse efter EF-Traktaten eller undtagelse af visse kategorier af aftaler.

MD Foods og Kløver Mælk indsendte i 1992 aftalerne til Kommissionen. Kommissionen har imidlertid ikke indledt nogen procedure og følgelig heller ikke truffet nogen afgørelse om aftalerne.

Mejerierne har gjort gældende, at aftalerne om M-amba, P-amba og tilslutningsaftalen er omfattet af rådsforordning 26/62. Det vil betyde, at de er undtaget fra Traktatens art. 85, stk. 1, og dermed i medfør af konkurrencelovens § 4 også fra konkurrencelovens kapitel 2.

Styrelsen finder, at aftalerne ikke er omfattet af forordningen. For det første opfylder aftalen om P-amba ikke kravet om, at der i aftalen alene må deltage landmænd og sammenslutninger af landmænd. P-amba er etableret ved aftale mellem MD Foods og Kløver Mælk og M-amba. Men derudover er som medlem optaget Kløver Mælks datterselskab, Enigheden A/S, der ejes for 49,9 % vedkommende af interesser, der ikke er landbrugssammenslutninger.

For det andet må aftalerne antages at føre til, at konkurrencen udelukkes, jf. forordning 26/62, art. 2, 2. pkt., sidste sætning. Kompetencen til i henhold til forordningen at fastslå at dette er tilfældet, tilkommer Kommissionen. Det er imidlertid som svar på et præjudicielt spørgsmål til EF-domstolen fastslået, at de nationale domstole ikke er afskåret fra, at træffe afgørelse herom, såfremt der ikke er

tvivl om bedømmelsen ud fra den praksis, der tegner sig ved Kommissionens og Domstolens afgørelser. I den forbindelse kan indhentes supplerende oplysninger fra Kommissionen.

Ved rådets vurdering heraf kan der lægges vægt på mejeriernes markedsandel og på det forhold, at der ikke har været import af betydning af ubehandlet mælk eller af friske tungvarer. Den væsentligste del af salget omfatter hele sortimenter. Den hidtidige import har kun omfattet syrnede mælkeprodukter, og den har udgjort under 10 % af den samlede forsyning.

Bestemmelsen i Rfo. 26/62, som er en undtagelse til art. 85, stk. 1, skal fortolkes indskrænkende. På den baggrund kan aftalerne og de konkurrencebegrænsende bestemmelser ikke anses for omfattet af undtagelsen og er følgelig ikke omfattet af konkurrencelovens § 4.

4.3. Mulighederne for fritagelse efter § 8, stk. 1

Fritagelse for de enkelte bestemmelser forudsætter, at alle 4 betingelser i konkurrencelovens § 8, stk. 1, er opfyldt.

4.3.1. M-amba

§ 8, stk. 1, nr. 1:

Mejerierne finder, at aftalen er væsentligt medvirkende til, at der kan spares omkostninger i mælkedisponeringen.

Styrelsen er enig i at en central disponering af mælken kan medføre omkostningsfordele.

§ 8, stk. 1, nr. 2:

Mejerierne gør gældende, at de sparede omkostninger muliggør lavere priser til forbrugerne uden at dette påvirker afregningsprisen til landmændene.

Styrelsen skal hertil anføre, at aftalen omfatter knap 90 % af den indvejede mælkemængde. Der vil ikke være noget konkurrencemæssigt pres, der sikrer at fordelene gives videre til forbrugerne. Den centrale disponering gør det muligt at styre mælkeanvendelsen. Det er anført, at det skal ske ud fra en økonomisk helhedsbetragtning, men aftalen indeholder intet om at der herved skal tages hensyn til forbrugernes interesser (og ikke alene mejeriernes). Der er heller ikke i de mekanismer, der er indbygget i aftalen, elementer der sikrer, at en rimelig andel af fordelene ved aftalen tilfalder forbrugerne. MD Foods henviser til, at aftalen ikke omfatter afsætningen og at der i den senere tid har været betydelig konkurrence mellem parterne, jf. dagspressen. Derved vil forbrugerne have fordel af et rationelt samarbejde. Styrelsen skal hertil anføre, at konkurrencen på de forskellige anvendelsesområder (konsummælk, ost af forskellige typer, smør og mælkepulver af forskellige typer, iskrem og eventuel anden industriel udnyttelse) er stærkt varierende. Den centrale mælkefordeling gør det muligt for mejerierne at styre afsætningen af ubehandlet mælk ud fra egne fælles hensyn og derved få mest muligt ud af forskelle i efterspørgselselasticiteter og substitutionsmuligheder. Dette er ikke nødvendigvis til fordel for forbrugerne og styrelsen finder derfor, at dette kriterium ikke er opfyldt.

§ 8, stk. 1, nr. 3:

Mejerierne finder, at bestemmelserne i aftalen om M-amba ikke går for langt, idet bestemmelserne

om mælkebudgetter og investeringer alene omfatter aktiviteter omfattet af samarbejdet, medens de ikke omfatter aktiviteter uden for dette eller nye aktiviteter som parterne ønsker at iværksætte.

Styrelsen finder, at aftalens konkurrencebegrænsende bestemmelser går videre end nødvendigt. Fremlæggelse af investeringsbudgetter og godkendelse af disse påvirker ikke den løbende disponering af mælk. Disse bestemmelser kan derfor ikke anses for nødvendige.

Bestemmelsen i § 9, stk. 8, jf. § 3, stk. 3, om at medlemmerne kun kan udtræde med accept af 3/4 af generalforsamlingen kan heller ikke anses for nødvendig for at nå de anførte fordele, da en rationel disponering kan gennemføres med mindre vidtgående udtrædelsesregler, f.eks. ved fastsættelse af et passende varsel.

§ 8, stk. 1, nr. 4:

Mejerierne har anført, at M-amba har fungeret tilfredsstillende også i forhold til øvrige mejerier, der herigennem kan købe og sælge mælk. Selskaberne er hver for sig ikke forpligtet til at aftage andre mejeriers mælkeoverskud, men de har netop i kraft af aftalen om M-amba opfattet og praktiseret denne opgave som en fælles opgave. Øvrige mejerier er meget afhængige af, at de kan sælge deres overskudsmælk til en fornuftig pris.

Styrelsen skal henvise til, at aftalen vedrører knap 90 % af den indvejede mælk. Der er ikke nogen potentiel konkurrence. Konkurrencen på markedet må derfor anses for udelukket med mindre det kan sikres, at de øvrige – aktuelle og potentielle – aktører har adgang til de fordele, som et sådant samarbejde kan medføre – fx. med hensyn til disponering af overskudsmælk - på åbne og ikke-diskriminerende vilkår.

Betingelse nr. 4 vil derfor ikke være opfyldt med den foreliggende aftale.

Bestemmelserne i § 5, stk. 1, § 5, stk. 6 og § 9, stk. 8 (jf. § 3, stk. 3) i aftalen om M-amba opfylder således ikke kravene til fritagelse efter § 8, stk. 1, hvorfor bestemmelserne er forbudte.

4.3.2. P-amba

§ 8, stk. 1, nr. 1:

Mejerierne finder, at bestemmelsen i § 5, stk. 1, med forpligtelsen for Kløver Mælk og MD Foods til at aftage P-amba's produktsortiment inden for produktionskapaciteten er nødvendig for at opretholde en rationel produktion med en høj kapacitetsudnyttelse. Bestemmelsen gør det muligt i et vist omfang at gennemføre rationaliseringer med simpelt flertal. Beslutning om nedlæggelse af et mejerianlæg, vil nemlig ikke kunne omgås ved at det ene medlem for egen regning fortsætter produktionen på det pågældende anlæg uden for samarbejdet.

Det vil navnlig kunne blive en voldsom belastning for økonomien i osteproduktionen, hvor mejerierne netop har besluttet inden for samarbejdet i P-amba at gennemføre en 600 mio. kr. investering i Taulov, som forudsætter at der rationaliseres andre steder. Mejerierne henviser i den forbindelse til, at styrelsen tidligere har erklæret sig enig i, at der er virksom konkurrence inden for produktionen og afsætning af ost.

Styrelsen finder, at købspligt for produktionen inden for P-amba vil sikre afsætning for den gennemførte produktion. Det kan medvirke til en høj kapacitetsudnyttelse og dermed indebære fordele navnlig på kort sigt. Dermed kan bestemmelsen opfylde kravet i stk.1, nr. 1.

Mejerierne har ikke argumenteret for bestemmelsen i § 5, stk. 3, og styrelsen finder, at der ikke kan fremføres fordele til støtte for at den opfylder § 8, stk. 1, nr. 1.

§ 8, stk. 1, nr. 2:

Mejerierne har ikke gjort særskilte synspunkter gældende om dette, men har henvist til at aftalen ikke omfatter afsætning og distribution.

Styrelsen finder, at aftalen ikke i sig selv sikrer forbrugerne en andel af eventuelle fordele. Aftalen medfører, at MD Foods og Kløver Mælk, der er konkurrenter på markedet for afsætning af konsummælkprodukter og fast gul ost til det danske marked, samarbejder om produktionen. Ledelsen af P-amba omfatter repræsentanter for MD Foods og Kløver Mælk og er dermed ikke uafhængig. Der vil derfor være en nærliggende risiko for at samarbejdet kan medvirke til at samordne MD Foods og Kløver Mælks praksis på dette marked, og det vil kunne skade forbrugerne. Aftalen opfylder dermed ikke denne betingelse.

Allerede fordi § 5, stk. 3, ikke medfører sådanne fordele som anført under § 8, stk. 1, nr. 1 vil den ikke opfylde nr. 2.

§ 8, stk. 1, nr. 3:

Mejerierne har ikke fremført særskilte argumenter.

Styrelsen finder, at en købspligt for eksisterende produktion ikke kan anses for nødvendig for at nå de anførte rationaliseringsfordele. Der ville kunne opnås mindst tilsvarende fordele med hensyn til kapacitetsudnyttelse gennem bestemmelser om forudbestilling og mindstekøb. MD Foods og Kløver Mælk ville dermed kunne udnytte eventuelle fordele ved leverancer fra andre eller ved eventuel egen produktion.

§ 5, stk. 3, om at give præference til leverancer fra medlemmerne opfylder heller ikke kravet i § 8, stk. 1, nr. 3, da bestemmelsen ikke indebærer fordele i den forstand, der er anført i § 8, stk.1, nr.1.

Bestemmelsen i § 7, stk. 7, jf. § 3, stk. 3, om udtræden kan ikke anses for nødvendig for at nå de anførte fordele. Eventuelle rationaliseringer vil kunne opnås uanset om medlemmerne på egen hånd kan træffe afgørelse om udmeldelse, eventuelt med et varsel.

§ 8, stk. 1, nr. 4:

Mejerierne har anført, at der inden for de senere år er etableret nye, konkurrerende virksomheder med økologisk produktion, jf. at salgspriserne for økologisk mælk har været forholdsvis høje. Derimod er der nedlagt et antal mejerier med konventionel produktion (og der er ikke oprettet nye). Investering i produktionen af tunge varer er begrænset og teknologien er kendt. Der vil derfor ikke være produktionsmæssige hindringer for ny etablering. For øvrige konsummælkprodukter (yoghurt mv.) er der længere holdbarhed og dansk produktion vil derfor kunne substitueres af udenlandske tilførsler.

Styrelsen skal bemærke, at der må anses for at være væsentlige stordriftsfordele forbundet med produktion af konsummælk og ligeledes for ost. Selv om der kan etableres mindre mejerier uden væsentlige omkostninger, vil de ikke være konkurrencedygtige i forhold til Kløver Mælk og MD Foods. Dertil kommer, at forholdene i produktionsleddet ikke kan vurderes uafhængigt af distributions- og afsætningsleddet. Kløver Mælk og MD Foods har tilsammen en markedsandel på dette markedet for tungvarer på ca. 95 \%. Dagligvarekæderne lægger vægt på landsdækkende distribution. Samarbejdet i P-amba omfatter ikke distribution og salg, men med en købspligt for selskaberne gældende for leverancer fra P-amba (inden for dette selskabs kapacitet) vil konkurrencen om forsyning af selskaberne være praktisk taget udelukket i hvert fald for de tunge varer. Det bemærkes i den forbindelse, at aftalen ikke sikrer tredjemand adgang til at aftage direkte fra P-amba.

Køberkoncentrationer i forhandlerleddet kan ikke antages at modvirke MD Foods og Kløver Mælks dominerende stilling fuldt ud. Køberkoncentrationerne har ikke hindret prisstigninger, jf. afsnit 3.6.1. og de omfatter kun en del af markedet. Som anført ad § 8, stk. 1, nr. 2, kan der ikke ses bort fra, at aftalen også har virkninger for distribution og afsætning. Styrelsen finder derfor at denne betingelse ikke er opfyldt for produktionen af tungvarer (og dermed heller ikke for aftalen).

Bestemmelserne i § 5, stk. 1, § 5, stk. 3, og § 7, stk. 7, jf. § 3, stk.3, vil dermed ikke kunne fritages, hvorfor de er omfattet af forbudet i § 6, stk. 1.

4.3.3. Tilslutningsaftalen

§ 8, stk. 1, nr. 1 og 2:

Mejerierne har anført, at der ved vurderingen af aftalen skal tages hensyn til, at P-amba og M-amba samt mejeriernes øvrige fællesselskaber alle har en milliardomsætning, men en yderst beskedne egenkapital. De finansieres således overvejende af MD Foods og Kløver Mælk. Det er derfor helt afgørende at MD Foods og Kløver Mælk har en forsvarlig egenkapital og at denne ikke udhules gennem udlodning men tværtimod øges i takt med, at selskabernes aktivitetsområde udvides. Desuden har MD Foods og Kløver Mælk ved indgåelse af samarbejdet reelt opgivet selvstændig produktion. Det vil ikke være muligt – og næppe økonomisk forsvarligt – at genetablere en situation, hvor begge parter har egen produktion af alle produkter. Der er foretaget så store investeringer i fælles produktion, at ophør af samarbejdet vil være en voldsom økonomisk belastning for begge selskaber. Forudsætningen for disse investeringer og integrationen af produktionen har netop hvilet på og haft som forudsætning, at samarbejdet var uopsigeligt, og at parterne fortsat konsoliderer sig.

Styrelsen skal hertil anføre, at tilslutningsaftalen ikke kan antages i sig selv at medføre fordele som anført i konkurrencelovens § 8, stk. 1, nr. 1. Aftalens konkurrencebegrænsende bestemmelser vil dermed kun kunne fritages hvis de er nødvendige for at opnå fordele ved P-amba og M-amba og ikke udelukker konkurrencen.

§ 8, stk. 1, nr. 3:

Styrelsen finder, at bestemmelserne i tilslutningsaftalens pkt. 2.1.-2.2. om i videst muligt omfang at stille andelshaverne ens og at acontoafregningen altid skal være den samme ikke kan anses for nødvendige for at opnå målene med M-amba og P-amba. Konkurrence om nuværende andelshavere vil ikke påvirke mulighederne for en rationel disponering i M-amba eller en høj

kapacitetsudnyttelse i P-amba. Der henvises til, at bestemmelserne ikke afskærer anden form for konkurrence overfor andelshaveren, nemlig om restbetalingen.

Bestemmelserne i pkt. 2.3 kan heller ikke anses for nødvendige. De anførte hensyn til selskabernes egenkapital vil kunne tilgodeses ved f.eks. passende regler om indskud og konsolidering i selskaberne der forestår de enkelte samarbejdsaktiviteter og gør det ikke nødvendigt at begrænse parternes muligheder for selv at fastlægge eventuelle udlodninger af egenkapitalen.

Med hensyn til pkt. 3.3 om begrænsningerne ved at indgå i en fusion som det ikke-fortsættende selskab bemærkes, at risikoen for investeringer i forbindelse med udtræden af samarbejdet vil kunne afbødes gennem bestemmelser om indskud og udtrædelsesregler, der er afpasset efter det enkelte samarbejdes forhold, og som ikke begrænser konkurrencen.

§ 8, stk. 1, nr. 4:

Bestemmelserne i tilslutningsaftalen giver efter styrelsens vurdering ikke mulighed for at udelukke konkurrencen.

MD Foods A.m.b.A. og Kløver Mælk A.m.b.A. har den 21. september 1998 indbragt afgørelsen for Konkurrenceankenævnet.