

2003-01-09: Arla Foods Amba mod Konkurrencerådet

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 9. januar 2003 i sag j.nr. 01-234.556

Arla Foods Amba
(advokat Erik Bertelsen)

mod

Konkurrencerådet
(fuldmægtig Vibeke Ulf Dumrath)

1. Den påklagede afgørelse og sagens baggrund.

1.1. MD Foods Amba anmeldte den 26. juni 1998 en standardaftale mellem selskabet og andelshaverne om levering af økologisk mælk, idet selskabet anmodede om en ikke-indgrebserklæring efter konkurrencelovens § 9, subsidiært individuel fritagelse efter lovens § 8, stk. 1.

Formålet med den anmeldte aftale er at regulere leverings- og afregningsforhold for økologisk mælk, jf. aftalens pkt. 1. Aftalens parter er MD Foods og den økologiske mælkeproducent, der forudsættes at være andelshaver i selskabet, jf. aftalens pkt. 2. Af aftalens pkt. 6, stk. 2, følger det, at aftalen er fortløbende, indtil den opsiges af en af parterne, og af pkt. 6, stk. 3, at aftalen kan opsiges med 13 måneders varsel til en 1. oktober.

Det fremgår af sagen, at standardaftalen er et supplement til MD Foods' vedtægter, der således gælder ved siden af leveringsaftalen. Af vedtægterne følger det, at andelshaverne kan udtræde ved senest den 31. maj at udmelde sig med virkning fra regnskabsårets udløb den 1. oktober. Det fremgår endvidere, at der efter vedtægterne er leveringspligt for andelshaverne, dog bortset fra, at der i henhold til en standardaftale om splitleverance er mulighed for andelshaveren for at levere op til 20 % af mælkeleverancen til andre mejerier.

I december 1999 fusionerede MD Foods med det svenske mejeriselskab Arla e.k. under navnet Arla Foods Amba. Det er oplyst under sagen, at MD Foods og Arla e.k. fortsat er selvstændige selskaber, der køber mælk fra egne andelshavere og videresælger denne til Arla Foods Amba.

1.2. Ved Konkurrencerådets afgørelse af 28. november 2001 meddeltes det Arla Foods Amba, at

- *"aftalens bestemmelser om opsigelse er omfattet af konkurrencelovens § 6, stk.1. Der kan derfor ikke meddeles en erklæring efter konkurrencelovens § 9.*

- *Der er heller ikke grundlag for en fritagelse i henhold til konkurrencelovens § 8, stk. 1, idet aftalen ikke opfylder betingelserne for dette.*
- *Selskabet påbydes i henhold til konkurrencelovens § 6, stk. 4, og § 16, stk. 1, nr.1, at ophæve aftalens pkt. 6, stk. 3, f.s.v.a økologernes ret til at opsige aftalen over for Arla Foods.*

Påbudet skal efterkommes senest 1. marts 2001, jf. konkurrencelovens § 27, stk. 4."

I det til afgørelsen knyttede rådsnotat hedder det bl.a.:

"Sagsfremstilling

10. ... Den anmeldte aftale er vedtaget forud for 1. januar 1998 og modtaget forud for 1. juli 1998. Aftalen er dermed omfattet af overgangsreglerne i konkurrencelovens § 27, stk. 4.

...

Markedsbeskrivelse

12. Der er 45 mejerier i Danmark, heraf 14 andelsmejerier og 31 privatejede. Af de 45 mejerier indvejer de 12 mejerier økologisk mælk.

13. Der blev i 99/00 indvejet i alt 4,5 mia kg mælk i Danmark. Heraf indvejede Arla Foods 4,1 mia kg i Danmark, svarende til 91\%.

14. Ud af den samlede indvejede mælkemængde udgjorde den økologiske mælk 383.000 tons og Arla's andel heraf var 320.700 tons, svarende til 83\%.

15. Mængderne af indvejet økologisk mælk er steget betydeligt i de senere år, og mængderne er mere end fordoblet siden 97/98. I dag er der et betydeligt overskud og Arla Foods anvender således kun ca 30\% af den økologisk mælk til økologiske mejeriprodukter til hjemmemarkedet. En mindre del eksporteres, men det meste sælges som konventionelle produkter.

16. Økologisk mælk afregnes generelt til landmanden til en højere pris end konventionel. Dette skal dække de ekstra udgifter der er forbundet med økologisk produktion. Økologisk mælkeproduktion kræver således økologisk fodring og at dyrene lukkes ud på græs i perioder. Landmanden kan således ikke på kort sigt skifte fra konventionel drift til økologisk, idet der kræves en vis omstillingsperiode (2 år).

17. Hovedparten af den indvejede mælk anvendes til drikkemælk og den økologiske andel af drikkemælken i Danmark nærmer sig 30\%.

Parterne

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

19. Arla Foods ejes af knap 17.000 mælkeproducenter i Danmark og Sverige og har en samlet indvejning på 7 mia kg mælk, heraf de 4,1 i Danmark.

20. Samlet omsatte selskabet i 2000 for ca 36 mia kr.

21. MD Foods indgår i dag som en del af Arla Foods med det formål at købe mælken fra andelshaverne og sælge den videre til Arla Foods, samt forestå valg til medlemsorganisationerne og kontakten til andelshaverne.

22. Andelshaverne i MD Foods har i henhold til vedtægterne leveringspligt - dog er der mulighed for at levere op til 20% af mælkeleverancen inden for hver 14 dages periode til andre end MD Foods. Andelshaverne kan udtræde ved senest den 31. maj at udmelde sig med virkning fra regnskabsårets udløb (1. oktober). Dette medfører, at perioden fra udmeldelse til udtræden kan minimeres til 4 mdr.

Aftalen

23. Aftalen om levering af mælk fra økologiske landbrug er en standardaftale, der indgås individuelt med den enkelte landmand. Det forudsættes i aftalen, at den økologiske producent er andelshaver i MD Foods og aftalen knytter sig til den økologiske mælkeproducents andelshaverrelationer.

24. Udover den til enhver tid gældende afregningspris for andelshaveres leverancer af mælk betales et særtillæg til dækning af ekstra omkostninger forbundet med produktionen af økologisk mælk.

25. Den økologiske producent er pligtig til, efter MD Foods nærmere angivne bestemmelser, at opnå og bevare myndighedernes godkendelse som producent af økologisk mælk i hele aftalens løbetid. Såfremt særtillægget for økologisk produktion ikke er opnået i enten en sammenhængende periode på 3 mdr. eller i mindst 6 mdr. i et regnskabsår, anses aftalen for ophørt fra det tidspunkt, hvor én af de to anførte betingelser kan konstateres opfyldt.

26. Aftalen kan ifølge pkt. 6 af begge parter opsiges med 13 mdrs. varsel med virkning til en 1. oktober. Dette medfører, at selvom den økologiske andelshaver lovligt melder sig ud af selskabet med eksempelvis minimumsfristen for andelshaveren på 4 mdr. er vedkommende bundet til at levere økologisk mælk til selskabet i minimum 13 mdr.

27. Økologiske producenter, der ikke tidligere har haft aftale med MD Foods om levering af økologisk mælk, er, bortset fra særlige omstændigheder, berettiget til at modtage særtillæg for økologisk produktion i mindst 3 år i alt.

Parternes argumentation

28. Selskabet har anført, at den vedtægtsændring, der blev gennemført i forbindelse med fusionen med Kløver Mælk og som nedsatte udmeldelsesvarslet for andelshaverne til min 4 mdr. kun vedrørte konventionel mælk og at der fortsat kan indgås frivillige aftaler vedrørende specielle leverancer, herunder øko-aftaler, når saglige hensyn taler herfor og parterne ønsker dette.

29. Selskabet har fremlagt forslag om at ændre vedtægterne således at § 5, stk. 4, hvorefter en andelshaver kan melde sig ud med min. 4 mdrs varsel til en 31. maj udvides med følgende:

30. "Denne bestemmelse er ikke til hinder for, at der for andelshavere, der leverer økologisk mælk til selskabet, indgås kontrakter, der indeholder et længere opsigelsesvarsel".

31. Det er selskabets opfattelse, at vedtægtspræciseringen vil medføre, at sagen ikke relaterer sig til en forskel i bindingsperioden i henholdsvis vedtægterne og økoaftalen, men derimod alene vedrører spørgsmålet om, i hvilket omfang et opsigelsesvarsel på 13 mdr. kan udgøre en konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6.

32. Det er desuden selskabets opfattelse, at et varsel på 13 mdr. ikke har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen på markedet og er sædvanligt i denne form for kontraktforhold.

33. Selskabet finder, at et kortere varsel ville forhindre selskabet i at eksportere, idet det ikke vil kunne indgå længerevarende aftaler med udenlandske detailhandelskæder, hvis der ikke er sikkerhed for, at de økologiske mælkeleverancer er til stede. Da omstillingsperioden for at skifte fra konventionel til økologisk produktion er 24 mdr. finder selskabet at en binding på 13 mdr. er nødvendig.

34. Endelig har selskabet anført, at de økologiske leverandører ikke ønsker opsigelsesvarslet nedsat, da de ønsker sikkerhed for afsætningen, og at der ikke er kommet klager vedr. dette spørgsmål.

Vurdering

35. MD Foods og leverandørerne udfører økonomisk aktivitet i forbindelse med køb og salg af økologisk mælk. Forholdet er derfor omfattet af konkurrenceloven, jf. § 2, stk. 1.

36. Der er ikke tale om forhold omfattet af nogen EU-undtagelse eller fritagelse, jf. konkurrencelovens § 4. Undtagelsen i Rådsforordning 26/62 finder ikke anvendelse, da MD Foods uanset at selskabet kun modtager mælk fra danske leverandører er en del af Arla Foods koncernen, der forarbejder mælk fra leverandører/medlemmer fra mere end én medlemsstat. Der er ikke tale om en koncernintern aftale, jf. konkurrencelovens § 5. Aftalen falder således udenfor § 5, stk. 4 i bekendtgørelse 1029, da bindingsperioden for de økologiske andelshavere er på op til 25 mdr. MD Foods er dominerende på markedet for indsamling/ indkøb af økologisk mælk, og anvendelse af bekendtgørelsen forudsætter i så fald, at bindingsperioden er væsentligt kortere end 2 år. ...

37. Arla Foods har alene en koncernomsætning på ca 36 mia kr., hvortil kommer omsætningen hos de økologiske leverandører. Bagatelreglen i kl § 7, stk. 1 finder derfor ikke anvendelse.

Det relevante marked

38. Økologisk råmælk adskiller sig på udbudssiden fra konventionel ved produktionsmetoden. Som nævnt ovenfor stilles der særlige lovmæssige krav til produktion af økologisk mælk, og landmanden kan ikke på kort sigt skifte fra konventionel mælkeproduktion til økologisk.

39. Mejeriet afhenter også råmælken i særlige tanke, hvor det transporteres til mejeriet og varmebehandles og anvendes til produktion af bl.a drikkemælk, syrnede produkter, smør og ost. I hele denne proces holdes den økologiske mælk adskilt fra konventionel mælk. Forbrugerne betragter ligeledes økologisk mælk som et andet produkt end konventionel mælk, og er villige til at betale en merpris på 0,95-1,40 kr for økologisk sødmælk i forhold til konventionel. Økologisk mælk markedsføres således også særskilt og under eget mærke.

40. Mejerierne kan ikke erstatte økologisk mælk med konventionel råmælk, men kan godt gå den modsatte vej.

41. Mejeriernes indkøb af økologisk råmælk samt transport og lagring udgør således et særskilt produktmarked.

42. Det geografiske marked begrænses i et vist omfang af tidsfaktoren, da varmebehandlingen skal ske inden for en tidsafgrænset periode. Mælkens friskhed har betydning for anvendelsen. Transportomkostningerne og antallet af nødvendige stop spiller også en vis rolle.

43. Handel med økologisk råmælk over den danske grænse er stort set ikke eksisterende. Tidsfaktoren og transportomkostningerne skulle ikke hindre køb og salg fra Sverige eller Tyskland, men ingen af disse lande har en stor produktion af økologisk råmælk.

44. Sammenfattende er der tale om et nationalt marked for indkøb af økologisk råmælk fra landmanden samt transport og disponering af råmælken.

Konkurrencelovens § 6, stk. 1-3

45. I henhold til konkurrencelovens § 6 er det forbudt for virksomheder m.v at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

46. Aftalen fastlægger regler om ekstra betaling begrundet med at økologiske leverandører har nogle yderligere omkostninger forbundet med den økologiske produktion. Disse bestemmelser rejser efter styrelsens vurdering ikke spørgsmål i forhold til konkurrencelovens § 6, stk. 1.

47. Derimod finder styrelsen, at bestemmelserne om opsigelsesvarsel i pkt. 6 må anses for omfattet af § 6, stk. 1, idet de har til følge at begrænse økologernes mulighed for at træde ud af MD Foods og kontrahere 100% med en anden aftager.

48. Aftalens pkt. 6, stk. 3 er sålydende: ...

49. Producenter af økologiske mælkeprodukter begrænses i deres adgang til markedet for indkøb af mælk. Der henvises til at MD Foods har en dominerende stilling på dette marked med en markedsandel på 83% af den indvejede mælk. Alle 611 økologiske mælkeproducenter i MD Foods har samme bestemmelser om opsigelse. Efter de oplysninger, som styrelsen er bekendt med, benytter andre producenter af økologiske produkter sig af tilsvarende bestemmelser som MD Foods m.h.t leveringspligt og opsigelsesvarsel af en vis varighed. Det vil heller ikke være muligt for konkurrerende mejerier at indgå aftale med nye økologiske mælkeproducenter. Dels er adgangen til at etablere sig som mælkeproducent ikke fri, men reguleret ved kvoter og dels tager det mindst to år at omstille fra konventionel til økologisk drift.

50. De økologiske andelshavere afskæres gennem aftalen fra at skifte til et andet økologisk mejeri i min 13 mdr. og max 25 mdr. Et opsigelsesvarsel af denne varighed, som gælder for den helt overvejende del af markedets leverandører, kan gøre det vanskeligt for nye produktionsvirksomheder, der er afhængige af økologisk mælk, at få fodfæste. De vil have svært ved at udnytte kortvarige bevægelser i markedet, der udløser svingende efterspørgsel efter økologiske produkter. Varslet kan også gøre det mere bekosteligt for dem at opnå aftale med leverandører, idet disse må antages at kræve en garanti for samhandel i en vis periode. De konventionelle andelshavere kan udmelde sig med et varsel på min 4 mdr. og max 16 mdr. De andelshavere, der leverer økologisk råmælk til Arla Foods, er bundet væsentligt længere tid end de andelshavere, der leverer konventionel mælk.

51. Pkt. 6, stk. 3 i aftalen med de økologiske/biodynamiske leverandører er således omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1. Der kan derfor ikke meddeles en erklæring efter konkurrencelovens § 9.

52. MD Foods har i sine vedtægter § 6, stk. 1 bestemmelser om andelshaverens adgang til splitleverancer. Det betyder, at en andelshaver - økologisk eller konventionel - har adgang til efter nærmere regler at levere op til 20% af sin produktion af mælk til andre end MD Foods. Denne bestemmelse gør det lettere for en landmand - på forsøgsbasis - at deltage i alternative produktioner ligesom den kan udligne marginale forsyningsbehov hos konkurrerende virksomheder, forudsat disse kan planlægge deres behov nøje.

53. Men den ændrer ikke ved det forhold, at forsyningen af økomælk er lagt i helt faste rammer, og at disse for 83%'s vedkommende i kraft af Arla's regler kun kan ændres med et opsigelsesvarsel på 13-25 mdr. Arla's forslag (pkt. 30) og henvisningen til potentielle aftaler med udenlandske detailkæder (pkt. 33) ændrer heller ikke ved vurderingen. Den anmeldte standardaftale gælder for alle selskabets økologer og er ikke et særligt tilbud til et mindre antal og henvisningen til potentielle ordrer kan ikke tillægges særlig vægt, dels fordi selskabet for øjeblikket har et meget stort overskud af økomælk og dels fordi sådanne opgaver normalt vil indeholde en opbygningsperiode. Dels skal den fornødne logistik på plads og dels skal produkterne indarbejdes på markedet.

Konkurrencelovens § 8, stk. 1

54. Ifølge § 8, stk. 1, kan de konkurrencebegrænsende bestemmelser fritages fra forbudet i § 6, stk. 1, hvis samtlige betingelser i konkurrencelovens § 8 er opfyldt.

Aftalen bidrager til at styrke effektiviteten i produktion eller distribution.

55. Anmelder har anført, at aftalen bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen, idet formålet med aftalen bl.a er at søge at regulere størrelsen af den økologiske produktion med henblik på, at mælkeproduktionen tilpasses afsætningsmulighederne. En sådan tilpasning vil styrke effektiviteten i produktionen.

56. Styrelsen finder, at denne betingelse ikke er opfyldt. Bestemmelserne i pkt 6, stk. 3 om lange udmeldelsesvarsler for en dominerende indsamler/indkøber af mælk kan ikke antages at styrke effektiviteten i hverken produktion eller distribution og giver ikke mulighed for at tilpasse sig kortvarige bevægelser i markedet.

Aftalen sikrer forbrugerne en rimelig del af fordelene herved.

57. Anmelder har anført, at aftalen, via den ovenfor nævnte tilpasning, sikrer forbrugerne en fordel, idet manglende tilpasning fører til at overskydende økologisk mælk, der afsættes som konventionel mælk, medfører omkostninger, der skal dækkes ind på anden vis, herunder ved afsætning af den økologiske mælk.

58. Styrelsen finder ikke, at denne betingelse er opfyldt. Ved en længere bindingsperiode for andelshavere af økologisk mælk begrænses disses konkurrencemuligheder. Det er vanskeligt at se, at forbrugerne skulle drage nogen fordel af dette, specielt når der er tale om en dominerende indkøber.

Aftalen pålægger ikke virksomhederne begrænsninger, som er unødvendige for at nå disse mål.

59. Anmelder har anført, at de begrænsninger, der pålægges den økologiske leverandør ved opsigelse af øko-aftalen, ikke er unødvendige for at nå disse mål. Omlægning til økologisk produktion kræver tid, og selskabet må derfor kræve et længere opsigelsesvarsel af økologerne for at kunne nå at starte en ny produktion op, hvis nogen melder sig ud. Selskabet bestræber sig hele tiden på at udvide salget af økologisk mælk. bl.a i udlandet og detailhandlen kræver leveringsaftaler af en varighed, der går ud over de 13 mdr. Selskabet vil ikke kunne lave sådanne langsigtede leveringsaftaler med detailhandlen, hvis de ikke har sikkerhed for de økologiske leverancer i en forholdsvis lang periode.

60. Styrelsen vil ikke bestride, at der i visse tilfælde kan være fordele ved aftaler mellem sælgere og købere af en vis varighed. Det er imidlertid ikke godtgjort at et varsel på 13-25 mdr. skulle være nødvendigt. I forhold til de konventionelle producenter kan Arla Foods klare sig med 4-16 mdr.

61. Dertil kommer, at Arla Foods for øjeblikket har et betydeligt overskud af økologisk mælk, og der er ikke oplyst noget om, at denne situation reelt er ved at ændres. Desuden vil en omhyggelig planlægning og budgetlægning i betydelig grad kunne sikre det fornødne mælkegrundlag og overflødigøre en ekstra binding.

62. Arla Foods har således allerede i dag et system med økonomisk præmiering af økologerne. Dette vil med kort varsel kunne udbygges, hvis der er behov for mere økologisk mælk.

63. Arla Foods har henvist til, at de nuværende 611 økologiske leverandører ikke finder bindingsperioden unødvendig lang, og at de ikke ønsker den nedsat. Hertil bemærkes, at vurderingen alene omfatter Arla's binding af de økologiske andelshavere. Der er intet til hinder for, at økologerne bevarer en ret til et mindste opsigelsesvarsel som anført i de nugældende kontrakter. Man ville dermed få et asymmetrisk varsel.

64. Styrelsen finder derfor samlet, at denne betingelse ikke er opfyldt. Det er således ikke godtgjort, at der er behov for et opsigelsesvarsel, der er længere end for andre andelshavere.

Aftalen giver ikke virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser.

65. Anmelder har anført, at bindingsperioden ikke giver selskabet mulighed for at udelukke konkurrencen på det relevante marked. For det første kan øvrige mejerier forlange at få engrosleveret økologisk mælk fra Arla Foods. For det andet kan også økologiske andelshavere vælge at splitlevere til andre økologiske mejerier, og for det tredje har øvrige mejerier adgang til på lige vilkår med Arla Foods at sikre en omlægning af konventionelle landmænd til økologisk landbrug, ligesom øvrige mejerier har adgang til at indføre tilsvarende bindingsperioder i kontrakten med leverandøren.

66. Styrelsen finder, at Arla Foods med en markedsandel på 83% af den økologiske mælk har mulighed for gennem et langt opsigelsesvarsel at hindre andre mejerier i at starte ny produktion eller udvide den eksisterende. Køb af engros mælk fra Arla Foods giver de øvrige mejerier et afhængighedsforhold og påfører dem omkostninger. De øvrige mejerier foretrækker derfor i en række tilfælde selv at få leveringsaftale med landmændene. Muligheden for splitleverancer vil ikke nødvendigvis kunne opfylde kravet fra et mindre mejeri til en produktionsudvidelse. Et varsel på 13-25 mdr. gør det vanskeligt at få startet ny produktion.

67. Betingelsen er derfor ikke opfyldt.

...".

Konkurrencerådets afgørelse af 28. november 2001 er ved klageskrift af 21. december 2001 indbragt for Konkurrenceankenævnet af Arla Foods Amba.

1.3. Ved en afgørelse af 28. august 2002 har Konkurrencerådet fundet, at Arla Foods' beslutning om ikke at optage nye økologiske leverandører og yde disse økologisk tillæg må anses for sagligt begrundet, idet Arla Foods har et betydeligt overskud af økologisk mælk, hvorfor ydelse af yderligere økologisk tillæg repræsenterer et potentielt tab for selskabet.

2. Parternes påstande.

Arla Foods Amba har nedlagt påstand om, at Konkurrencerådets afgørelse af 28. november 2001 ophæves.

Konkurrencerådet har påstået stadfæstelse.

Konkurrencerådet traf den 17. januar 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 tilvejebragt det fornødne afgørelsesgrundlag, og at afgørelsen allerede af denne grund bør ophæves.

Rådet har således ikke foretaget en tilstrækkelig undersøgelse af det relevante marked, herunder efterspørgsels- og udbudsubstitutionen samt den potentielle konkurrence, i overensstemmelse med konkurrencelovens § 5 a.

Efter klagers opfattelse er der en række momenter, der taler for et bredere marked både geografisk og produktmæssigt end det af Konkurrencerådet fastsatte. Efter klagers vurdering substitueres økologisk frisk mælk i dag i høj grad med konventionel frisk mælk. Økologisk mælk udgør endvidere kun en meget lille andel af det samlede råmælksmarked – i 2000/2001 ca. 8,5 % - og andre mejerier kan på lige fod med klager aftale, at konventionelle leverandører omlægges til økologisk produktion. For så vidt angår de konventionelle mælkeproducenter, som er andelshavere i klager, kan andre mejerier aftale omlægning med det vedtægtsbestemte opsigelsesvarsel på minimum 4 måneder. Markedet for økologisk mælk er derfor langt større end den aktuelle produktion af økologisk mælk, og under alle omstændigheder er der en betydelig potentiel konkurrence på dette marked.

Rådet har endvidere ikke dokumenteret, at det aftalte opsigelsesvarsel påvirker konkurrencen mærkbart. Det er klagers opfattelse, at varslet ikke udgør en sådan mærkbar begrænsning af konkurrencen på det relevante marked, jf. bemærkningerne under pkt. 3.3. nedenfor.

3.2. Det gøres endvidere gældende, at afgørelsen skal ophæves, allerede fordi påbuddet ikke fører til det resultat, som Konkurrencerådet ønsker at forfølge. Hvis påbudet efterleves, vil det således reelt betyde, at aftalen bliver uopsigelig for producenterne af økologisk råmælk, således at de ikke kan frigøre sig fra aftalen, medmindre klager væsentligt misligholder aftalen. Det erkendes dog, at afgørelsen ikke er til hinder for, at klager kan indsætte et kortere opsigelsesvarsel i aftalen.

3.3. Herudover gøres det gældende, at den økologiske leveringsaftale er omfattet af artikel 2, stk. 1, i Rådets Forordning nr. 26/1962 og dermed undtaget fra forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler efter konkurrencelovens § 4.

Det erkendes, at bestemmelsens krav om, at aftalen skal være indgået mellem parter fra samme medlemsstat, er noget tvetydigt, men det er klagers opfattelse, at henvisningen skal forstås således, at den alene er knyttet til bestemmelsens sidste led, dvs. "sammenslutninger af landbrugssammenslutninger". Anvendelsesområdet for undtagelsen i forordningen bør ikke fortolkes indskrænkende, idet en sådan fortolkning ikke ville tage højde for den beskyttelse af sammenslutninger inden for landbruget, som følger af EF-traktatens artikel 32-38, og som også er formålet med forordningen. Endvidere vil en sådan fortolkning i vidt omfang forhindre etablering af grænseoverskridende landbrugssammenslutninger. Desuden vil en sådan fortolkning få særlige konsekvenser for mindre nationale andelsselskaber i mindre medlemsstater, som kun har mulighed for at konkurrere på europæisk niveau med multinationale selskaber, hvis andelsselskaberne kan udvikle sig til grænseoverskridende andelsselskaber. De multinationale selskaber vil således normalt være undtaget efter forordningen, og grænseoverskridende andelsselskaber vil derfor blive diskrimineret uden objektiv begrundelse.

Det gøres derfor gældende, at undtagelsen i artikel 2, stk. 1, finder anvendelse på andelsselskaber, uanset om de er nationale eller grænseoverskridende, medmindre konkurrencen udelukkes, eller formålet med EF-traktatens artikel 33 ikke kan nås, og at undtagelsen derfor også finder anvendelse på klager.

Alternativt gøres det gældende, at der i det foreliggende tilfælde er tale om en aftale mellem parter fra samme medlemsstat, da aftalen er indgået mellem MD Foods Amba, der fortsat er en selvstændig juridisk person under Arla Foods Amba, og andelshaverne i MD Foods, dvs. danske leverandører.

3.4. Endvidere gøres det gældende, at de økologiske leveringsaftaler er undtaget fra forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler i medfør af konkurrencelovens § 5, jf. § 2, nr. 3, i bekendtgørelse nr. 1029 af 17. december 1997 om aftaler inden for samme virksomhed eller koncern.

De økologiske leveringsaftaler er således begrænset til, hvad der er nødvendigt for at sikre en tilfredsstillende drift af andelsvirksomheden og opretholde en kontraheringsstyrke.

Opsigelsesvarslet er endvidere nødvendigt, da Arla Foods har behov for at kunne påregne økologiske mælkeleverancer i en længere periode, bl.a. af hensyn til Arla Foods' eksportmuligheder. Tilsvarende er et længere opsigelsesvarsel nødvendigt for de økologiske producenter, henset til den tid og de ressourcer, der medgår til omlægning fra konventionel til økologisk produktion.

3.5. Såfremt de fremførte indsigelser ikke tages til følge, gøres det gældende, at det aftalte opsigelsesvarsel hverken kvalitativt eller kvantitativt har mærkbar virkning på det relevante marked, og at opsigelsesvarslet derfor ikke er i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Det gøres i den forbindelse gældende, at der skal lægges vægt på, at der er tale om kontraktleverancer og ikke om en vedtægtsmæssig binding, og at varslet i aftalen ligger inden for det, som i EU-konkurrenceretlig praksis godkendes for kontraktleverancer.

Opsigelsesvarslet er objektivt og sagligt begrundet, fordi et kortere opsigelsesvarsel vil forhindre klager i at eksportere, eftersom selskabet ikke vil kunne indgå længerevarende aftaler med udenlandske detailhandelskæder, hvis der ikke er sikkerhed for, at de økologiske mælkeleverancer er til stede. Da omstillingsperioden for at skifte fra konventionel til økologisk produktion er 24 måneder, er et opsigelsesvarsel på 13 måneder nødvendigt.

Længden af opsigelsesvarslet er i øvrigt begrundet i et ønske fra de økologiske producenter, idet der medgår både tid og ressourcer i forbindelse med en omlægning til økologisk mælkeproduktion. Samtidig er det nødvendigt for klager at kunne fastholde de økologiske mælkeleverancer i en vis periode, herunder for at afdække et behov for en eventuel omlægning af alternative leverandører. Klagers behov for en længere opsigelsesperiode tilsiger, at opsigelsesfristen ikke er kortere for klager end for landmanden, og en forkortelse af opsigelsesvarselet for de økologiske mælkeproducenter vil have den konsekvens, at klager også vil være nødsaget til at nedsætte varslet for klagers opsigelsesadgang.

Endvidere følger det af EU-praksis, at råvareleverancekontrakter vedrørende landbrugsprodukter kan indgås eksklusivt på mellem 1 og 3 års uopsigelighed, uden at dette strider mod EF-traktatens artikel 81, stk. 1, og i hvert fald kan der opnås fritagelse efter EF-traktatens artikel 81, stk. 3.

Den økologiske leveringsaftale er desuden ikke en egentlig eksklusivaftale, da de økologiske andelshavere i lighed med konventionelle andelshavere har mulighed for med 6 ugers varsel at splitlevere op til 20\% af deres mælkeleverance til andre end klager. De 20\%, som leverandører til klager kan vælge at splitlevere, svarer stort set til det resterende danske marked for økologisk mælk.

Hertil kommer, at andre mejerier på lige fod med klager kan aftale, at konventionelle leverandører omlægges til økologisk produktion.

Herudover bidrager leveringsaftalerne til at styrke effektiviteten, idet aftalerne bl.a. har til formål at regulere størrelsen af den økologiske mælkeproduktion med henblik på at tilpasse mælkeproduktionen til efterspørgslen. Samtidig sikrer aftalerne forbrugerne en fordel, idet manglende tilpasning af produktion til afsætningsmulighederne medfører meromkostninger, som skal dækkes ind på anden vis. Leveringsaftalerne er også med til at sikre forbrugerne et større udbud af økologiske mælkeprodukter.

Den omstændighed, at klager i dag modtager et overskud af økologisk mælk, bør ikke komme klager til skade. På sigt må antallet af leverandører til den mængde økomælk, der er behov for, tilpasses, men dette kræver så meget desto mere et passende varsel, hvis leverandørerne siger op, da behovet for omlægning fra konventionelle leverandører da bliver endnu mere påkrævet.

3.6. Det gøres endelig gældende, at klager skal meddeles individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8, hvis betingelser alle er opfyldt, jf. de bemærkninger, der er fremsat under pkt. 3.5.

4. Konkurrencerådets argumentation.

4.1. Konkurrencerådet bestrider, at der ikke er foretaget en tilstrækkelig vurdering og undersøgelse af efterspørgsels- og udbudssubstitutionen samt den potentielle konkurrence.

Det gøres gældende, at der ikke er efterspørgselssubstitution fra konventionel til økologisk mælk, fordi forbrugerne betragter økologisk mælk som et produkt med særlige kvaliteter, som man er villig til at betale en merpris for - også med en prisstigning på 5-10 pct. Hertil kommer, at økologisk mælk markedsføres særskilt og under eget mærke. Med hensyn til spørgsmålet om udbudssubstitution gøres det gældende, at konventionelle mejerier ved små, varige ændringer i de relative priser ikke har mulighed for omgående at omstille produktionen til økologiske produkter og markedsføre dem på kort sigt, uden at det medfører betydelige omkostninger eller risici. Allerede fordi omlægning til økologisk produktion som udgangspunkt tager op til 2 år, og området er kvotebelagt, finder Rådet heller ikke, at der er potentiel konkurrence på markedet for økologisk mælk på mellemlangt sigt.

Efter Konkurrencerådets opfattelse skal det relevante marked herefter afgrænses til markedet for indkøb af økologisk mælk i Danmark. På dette marked har klager en markedsandel på 83 %.

4.2. Det bestrides endvidere, at konsekvensen af den påklagede afgørelse er, at den anmeldte aftale bliver uopsigelig for producenterne af økologisk råmælk. Den økologiske aftale forudsætter således, at leverandøren er andelshaver, samt at han kan ophøre med at være økologisk producent. Leverandørerne vil derfor være omfattet af klagers vedtægter, som fastslår, at andelshavere kan udmelde sig med et varsel på 4-16 måneder.

4.3. Konkurrencerådet bestrider, at undtagelsesbestemmelsen i forordning 26/1962, art. 2, stk. 1, finder anvendelse på klagers leveringsaftaler om økologisk mælk.

Undtagelsen skal som enhver anden undtagelse til en generel regel fortolkes indskrænkende, og bestemmelsen nævner specifikt "aftaler, vedtagelser og former for praksis mellem landmænd, landbrugssammenslutninger eller sammenslutninger af landbrugssammenslutninger, der henhører under en enkelt medlemsstat". Undtagelsesbestemmelsen kan dermed ikke antages at finde anvendelse på et grænseoverskridende andelsselskab som klager.

4.4. Det bestrides endvidere, at den anmeldte aftale opfylder betingelsen i § 2, nr. 3, i bekendtgørelse nr. 1029 af 17. december 1997 om aftaler m.v. inden for samme virksomhed eller koncern.

Det er en forudsætning for, at bekendtgørelsen finder anvendelse, at de interne aftaler i en andelsvirksomhed har en maksimal bindingsperiode på 2 år. Bindingsperioden skal dog være væsentligt kortere, hvis andelsvirksomheden har en dominerende stilling, jf. bekendtgørelsens § 5, stk. 4. Bekendtgørelsens undtagelsesbestemmelser finder derfor ikke anvendelse på de økologiske leveringsaftaler.

4.5. Herefter fastholdes det, at opsigelsesvarslet har en konkurrencebegrænsende virkning på det relevante marked, samt at virkningen heraf er mærkbar, hvorfor vilkåret er i strid med konkurrencelovens § 6.

Spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om konkurrencebegrænsende adfærd i strid med konkurrencelovens § 6, skal undergives en skærpet bedømmelse, når der som her er tale om en virksomhed, der har en dominerende stilling.

Klager opkøber gennem sine leveringsaftaler 83 % af al økologisk mælk produceret her i landet, uanset at klager reelt kun anvender ca. 35 % til økologiske mejeriprodukter. Et mejeri, som ønsker at påbegynde eller udvide en eksisterende økologisk produktion, bliver herved tilsvarende begrænset i sin adgang til markedet i 13-25 måneder, selv om op til 65 % af klagers mælkegrundlag ikke anvendes i økologisk øjemed, men sælges som billigere konventionelle produkter. Til sammenligning kan klager i forhold til sine leverandører af konventionel mælk nøjes med et opsigelsesvarsel på som udgangspunkt 4 måneder.

Leveringsaftalerne medfører, at konkurrerende mejerier hindres i at kontrahere med 611 af samtlige 827 økologiske producenter her i landet i 13-25 måneder, hvilket gør markedet unødigt stift. Derved begrænses udviklingen af nye produkter, ligesom der opstilles barrierer for konkurrerende virksomheders adgang til markedet, fordi det er umuligt at påbegynde eller udvide en eksisterende produktion i større omfang. Der er således tale om en såvel kvalitativt som kvantitativt mærkbar konkurrencebegrænsning.

Det bestrides, at opsigelsesvarslet på 13-25 måneder er objektivt begrundet og er nødvendigt af hensyn til vurderingen af behovet for omlægning af leverandører. Klager har således siden 1998 haft et anseeligt overskud af økologisk mælk og anvender alene ca. 4 % af den økologiske mælk til eksportprodukter, mens et uanvendt overskud af økologisk mælk på ca. 65 % sælges som billigere konventionelle produkter.

Det forhold, at konkurrerende mejerier har adgang til at aftage såkaldte splitleverancer samt mulighed for at kræve økologisk mælk engrosleveret, fjerner efter Rådets opfattelse ikke de konkurrencebegrænsende virkninger af opsigelsesvarslet, fordi mejeriernes adgang til markedet

ikke herved forbedres i noget nævneværdigt omfang. Dette skyldes, at tilrettelæggelsen af splitleverancer kræver ekstra administration og regulering.

Det kan heller ikke tillægges betydning, at varslet måtte være indsat efter ønske fra de økologiske producenter. Det forhold, at opsigelsesvarslet forkortes for så vidt angår producenternes opsigelse, er desuden ikke ensbetydende med, at klagers opsigelsesvarsel skal forkortes tilsvarende.

Til klagers synspunkt om, at der er tale om kontraktleverancer og ikke vedtægtsmæssige bindinger, samt at varslet ligger inden for det i EU-praksis vedrørende kontraktleverancer på dette område godkendte, har Rådet anført, at aftalen knytter sig til den økologiske producentes andelshaverrelationer og derfor ikke kan betragtes som en "almindelig" kontrakt om leverancer.

Over for klagers påstand om, at det følger af EU-praksis, at råvareleverancer vedrørende landbrugsprodukter kan indgås eksklusivt på mellem 1-3 år, uden at det strider imod art. 81, stk. 1, gøres det gældende, at EU-praksis for aftaler mellem virksomheder uden en dominerende stilling ikke kan tillægges betydning.

4.6. Af de grunde, der er anført i afgørelsen, finder Rådet endelig ikke, at betingelserne for at meddele individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8 er opfyldt.

5. Konkurrenceankenævnets bemærkninger.

Den påklagede afgørelse påbyder ophævelse af et aftalevilkår, hvorefter de økologiske mælkeproducenter kun kan frigøre sig i forhold til klager ved en opsigelse til en 1. oktober med mindst 13 måneders varsel – med den begrundelse, at fristen er for lang. Det er på baggrund heraf og klagers erkendelse af, at afgørelsen ikke er til hinder for en kortere opsigelsesfrist, uden videre klart, at det meddelte påbud ikke kan tilsidesættes som ugyldigt ud fra en betragtning om, at det ikke er egnet til at tjene det formål, som det er udstedt til at tjene.

Der er efter sagens oplysninger intet grundlag for at antage, at de foreliggende aftaler om danske økologiske landmænds levering af råmælk til danske mejerier "kan påvirke handelen mellem medlemsstater", jf. EF-traktatens artikel 81, stk.1, og der opstår derfor ikke noget spørgsmål om, hvorvidt konkurrencelovens kapitel 2 i medfør af § 4, jf. forordning 26/1962, overhovedet omfatter de foreliggende aftalers opsigelsesvilkår.

Klager opkøber 83\% af den økologiske råmælk produceret her i landet – til priser, der er højere end, hvad klager betaler for konventionel råmælk – og anvender omkring to tredjedele heraf på samme måde som konventionel råmælk til produktion af ikke-økologiske produkter. På denne baggrund kan et opsigelsesvarsel – for råmælksproducenterne – på mindst 13 måneder ikke anses for "nødvendigt for at sikre en tilfredsstillende drift af andelsvirksomheden" jf. § 2, nr. 3, i bkg. nr. 1029 af 17. december 1997 om aftaler inden for samme virksomhed eller koncern, og allerede af denne grund kan aftalen om opsigelsesvarslet ikke i medfør af denne bekendtgørelse, jf. konkurrencelovens § 5, anses for undtaget fra lovens kapitel 2.

Spørgsmålet er herefter, om opsigelsesvilkåret, der gælder ikke bare for landmændene, men også for klager – og dermed beskytter landmændene mod opsigelse med et kortere varsel i en situation, hvor klager modtager 3 gange så meget økologisk råmælk, som behovet for økologisk produktion

tilsiger, og hvor der nu også er lukket for tilgang af yderligere levering af økologisk råmælk til klager – er i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, fordi denne begrænsning i de økologiske mælkeproducerende landmænds dispositionsfrihed mærkbart påvirker konkurrencen på det fastlagte marked. Efter det oplyste om landmændenes egeninteresse i frihed til hurtigt at kunne frigøre sig med et kortere varsel over for deres egeninteresse i beskyttelse mod opsigelse fra klagers side med et kortere varsel – og i mangel af oplysning om konsekvenserne af ikke-levering i strid med opsigelsesvarslet – finder Ankenævnet, at der ikke i den påklagede afgørelse er fremført fornødent faktisk belæg for en sådan mærkbar negativ konkurrenceindvirkning af opsigelsesbestemmelsen, at den er i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Ankenævnet tager herefter klagers påstand til følge.

Herefter bestemmes:

Konkurrencerådets afgørelse af 28. november 2001 ophæves. Klagegebyret tilbagebetales til klager.

Jens Fejø

Ole Jess Olsen

Børge Dahl