2003-11-04: Arla Foods A.m.b.A. mod Konkurrencerådet (Ophævet)

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 4. november 2003 i sag j.nr. 02-193.763

Arla Foods A.m.b.A.
(advokat Erik Bertelsen)

mod

Konkurrencerådet
(fuldmægtig Vibeke Ulf Dumrath)

Biintervenienter:
Til støtte for Arla Foods A.m.b.A.:
Jens Erik Jensen
(selv)

Til støtte for Konkurrencerådet:
Anker Løfstedt, Mogens Hansen og Torben Christensen
(selv)

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. l, 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 øko-tillæg 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 stabilt 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 beskeden 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 nyerhverver 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 antallet 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 beskedent 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 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 overtagelser, jf. også at selskabet pr. 1. oktober overtager 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 begrundelse 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 kunne 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 lighedsgrundsætning, 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 beskeden 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. konkurrencelovens § 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 mejeriers 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 mælken 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 enigt 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 opsigelsesvarsler 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 mælkeproducenter (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 objektivt begreb, 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. Biintervenienternes 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 fordelen 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 deltagernes 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 erhversvirksomhedsloven, 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 medlemsoptagelse 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. september 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 andelsvirksomheden 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. lovbekendtgørelse 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 Konkurrencerådet 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 andelshavere en urimelig høj betaling"*. Dette udsagn er ikke nærmere faktuelt 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 faktuel 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 medejer 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 lighedsgrundsætning begrundede indmeldelsesvilkår om bidrag til selskabets konsolidering ved såkaldt negativ udligning for i sig selv eller efter det, der foreligger faktuelt 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.

Jens Fejø Ole Jess Olsen
Børge Dahl

Dom fra Østre Landsret den 28. september 2006