

1999-03-18: MD Foods A.m.b.A. og Kløver Mælk A.m.b.A.

»År 1999, den 18. marts afsagde Konkurrenceankenævnet i sagen j.nr.98-157.053, MD Foods A.m.b.A. og Kløver Mælk A.m.b.A. ctr. Konkurrencerådet, sålydende:

K E N D E L S E

1.

Advokat Jesper Aa. Rasmussen v/ advokat Erik Bertelsen har den 21. september 1998 på vegne MD Foods A.m.b.A. og Kløver Mælk A.m.b.A. indbragt Konkurrencerådets afgørelse af 26. august 1998 for Konkurrenceankenævnet. Ved afgørelsen er der givet pålæg om senest den 1. december 1998 at ophæve en række bestemmelser i de to selskabers aftaler om fælles mælkeproduktion og disponering (aftalerne om P-amba og M-amba) samt den i forbindelse hermed indgåede tilslutningsaftale.

Klagerne påstår påbudet ophævet for så vidt angår tilslutningsaftalens pkt. 2.3. og 3.3.

Konkurrencerådet har påstået stadfæstelse.

Klagerne har særskilt påklaget Konkurrencerådets afslag om fristforlængelse til efterkommelse af Konkurrencerådets påbud, jf. konkurrencelovens § 27, stk. 4, 2. pkt., og i den forbindelse subsidiært anmodet om, at klagen tillægges opsættende virkning efter konkurrencelovens § 19, stk. 4, 2. pkt.

Ankenævnet stadfæstede den 14. december 1998 Konkurrencerådets afslag om fristforlængelse efter konkurrencelovens § 27, stk. 4, 2. pkt., men tillagde klagen opsættende virkning.

2.

Afgørelsen af 26. august 1998 er sålydende:

"[. . .]

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

M-amba

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

P-amba

- § 5, stk. 1

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

Tilslutningsaftalen

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

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

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

Begrundelsen for Rådets afgørelse fremgår af vedlagte notat af 26. august 1998 . . . ".

Det hedder i det nævnte notat bl.a.:

"1. Resumé

MD Foods amba og Kløver Mælk A.m.b.a. har anmeldt en række aftaler, herunder aftalerne om Produktionselskabet ("P-amba") og om Mælkedisponeringsselskabet ("M-amba") samt deres aftale i tilslutning til disse aftaler ("tilslutningsaftalen"). Aftalerne er anmeldt med henblik på at få en ikke-indgrebserklæring i henhold til konkurrencelovens § 9, subsidiært en individuel fritagelse i henhold til konkurrencelovens § 8, stk. 1.

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

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

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

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

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

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

...

3. Sagsfremstilling:

[]

3.5 Tilslutningsaftalen

Tilslutningsaftalens formål er at sikre, at parterne overholder de forpligtelser, som de har indgået i de øvrige aftaler under hensyn til det grundlag for et forpligtende økonomisk samarbejde, der blev vedtaget oprindeligt den 21. maj 1992. Aftalen præciserer medlemmernes loyale forpligtelser, jf. pkt. 1.1. 1.2. i aftalen. Derudover indeholder den bestemmelser om;

Pkt. 2.1.: ". at andelshaverne i de 2 selskaber i videst muligt omfang stilles ens i alle forhold, der direkte eller indirekte vedrører betaling for ydelser og varer mellem selskaberne og andelshaverne."

Pkt. 2.2.: "*Den aconto-afregning, som andelshaverne modtager, skal være den samme.*"

Pkt. 2.3.: "*Begge selskaber er pligtige ikke til andelshaverne direkte eller indirekte - at lade disse tilflyde nogen form for udlodning, som ikke også tilflyder andelshaverne i det andet selskab, uanset om denne hidrører fra egenkapitalen, fra gevinst ved afhændelse af aktiver eller anden form for kapitaludlodninger eller på anden tilsvarende måde.*"

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

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

Pkt. 3.3.: "*I så fald er selskaberne enige om, at det således ophørte selskab til Mejeriernes Mælkedisperingssselskab A.m.b.a. skal indbetale et beløb, der svarer til 1 kr. pr. kg mælk leveret af det ophørte selskab til Mejeriernes Mælkedisperingssselskab A.m.b.A. i de seneste 12 mdr. forud for medlemskabets ophør.*"

Dette vil for MD Foods betyde et beløb i størrelsesorden af 3 mia. kr. og for Kløver Mælk 700 mio. kr. Medlemsrettigheder og forpligtelser kan ikke særskilt eller på anden måde overdrages eller overgå til tredjemand, jf. pkt. 3.1 i aftalen.

3.6 Udviklingen i priser og rationaliseringer

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

3.6.1. Prisudviklingen

Listepriserne for konsummælksprodukter til detailhandelen er ikke ændret siden 1996. Derimod er mejeriernes rabatter til detailhandelen hævet. Disse rabatter fastlægges i mejeriernes (fler)årsaftaler

med de enkelte kæder, og disse aftaler reguleres på forskellige tidspunkter over året. Mejeriernes afregningspris til landmanden for 1996/97 er uændret for MD Foods vedkommende, medens Kløver Mælks er hævet med 1 øre pr. kg. Halvårsregnskaberne for 1997/98 viser for MD Foods en fremgang i størrelsesordenen ca. 4 øre pr. kg og for Kløver Mælk fremgang på ca. 2 øre pr. kg.

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

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

3.6.2. Rationalisering

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

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

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

. . .

4. Vurdering

4.1. Konkurrencelovens § 6

Aftalerne om M-amba, P-amba, og tilslutningsaftalen omfatter erhvervsvirksomhed og er dermed omfattet af konkurrenceloven, jf. konkurrenceloven § 2, stk. 1. Aftalerne var anmeldt til Konkurrencerådet efter den tidligere konkurrencelovs § 5, og de har to gange været forelagt ankenævnet. . . .

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

. . .

4.1.3. Tilslutningsaftalen

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

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

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

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

...

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

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

4.1.4. Samlet vurdering af forholdet til konkurrencelovens § 6

De nævnte bestemmelser må herefter anses for at være forbudt i henhold til konkurrencelovens § 6, stk. 1, med mindre de omfattes af bagatelreglerne i konkurrencelovens § 7, af en gruppefritagelse udstedt i medfør af konkurrencelovens § 10, af reglerne i konkurrencelovens §§ 4-5, eller vil kunne opnå fritagelse i henhold til konkurrencelovens § 8, stk. 1.

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

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

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

MD Foods og Kløver Mælk indsendte i 1992 aftalerne til Kommissionen. Kommissionen har imidlertid ikke indledt nogen procedure og følgelig heller ikke truffet nogen afgørelse om aftalerne, herunder beslutning om individuel fritagelse efter art. 85.3.

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

Styrelsen finder, at aftalerne ikke er omfattet af Rfo. 26762. For det første opfylder aftalen om P-amba ikke kravet om, at der i aftalen alene må deltage landmænd og sammenslutninger af landmænd. P-amba er etableret ved aftale mellem MD Foods og Kløver Mælk og M-amba. Men derudover er som medlem optaget Kløver Mælks datterselskab, Enigheden A/S der ejes for 49,9% vedkommende af interessenter, der ikke er landbrugssammenslutninger.

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

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

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

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

...

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

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

...

4.4.3. Tilslutningsaftalen
§8, stk. 1, nr. 1:

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

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

§ 8, stk.1, nr. 2.

Jf. argumentationen under § 8, stk. 1, nr. 1.

§ 8, stk. 1, nr. 3.

...

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

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

§ 8. stk. nr. 4:

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

4.5. Påbud

Der er således grundlag for at meddele påbud efter konkurrenceloven § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, nr. 1, for overtrædelsen af § 6, stk. 1."

3. Klagernes argumentation

Anken er dels baseret på, at de to aftalebestemmelser i Tilslutningsaftalen ikke er konkurrencebegrænsninger som anført i konkurrencelovens § 6, dels på, at bestemmelserne er fritaget i medfør af Rådets forordning 26/62, jf. konkurrencelovens § 4.

3.1. Hovedanbringender

Til støtte for, at der ikke foreligger konkurrencebegrænsninger som anført i konkurrencelovens § 6 gøres gældende:

at Konkurrencerådet ikke har taget hensyn til, at bestemmelserne i Tilslutningsaftalens pkt. 2.3 og pkt. 3.3 generelt har et andet indhold, formål og virkninger end de øvrige ophævede aftalebestemmelser, der hovedsageligt vedrører selskabernes og andelshavernes markedsadfærd,

at virkningerne af de to bestemmelser skal vurderes på baggrund af, at alle eksklusivitetsbestemmelser og øvrige konkurrencebegrænsende bestemmelser i aftalekomplekset er blevet fjernet og at der således er åbnet op for konkurrence, hvilken vurdering Konkurrencerådet ikke har foretaget,

at ophævelsen af Tilslutningsaftalen pkt. 2.3. tilsyneladende beror på en misforståelse af bestemmelsens formål og en fejlvurdering af udlodningselementets økonomiske betydning og virkninger,

at ophævelsen af Tilslutningsaftalens pkt. 3.3 tilsyneladende beror på den misforståelse, at bestemmelsen er en konkurrencebegrænsning, hvor den i virkeligheden er en lempelsesregel i forhold til det af Konkurrencerådet upåtalte overdragelsesforbud i pkt. 3.1, og

at Konkurrencerådet for ingen af bestemmelsernes vedkommende har opfyldt sin pligt til at påvise deres mærkbare konkurrencebegrænsende virkninger, at Konkurrencerådet heller ikke vil kunne påvise dette, og at Konkurrencerådet for pkt. 2.3's vedkommende end ikke har opfyldt begrundelsespligten efter forvaltningslovens §§ 22 og 24.

Til støtte for, at aftalebestemmelserne er omfattet af konkurrencelovens § 4 gøres gældende:

at Konkurrencerådet har begået en fejl ved ikke at lade Tilslutningsaftalen være omfattet af forordning 26/62, artikel 2, stk. 1, 2. pkt., som følge af at Enigheden A/S er aftalepart i P-amba aftalen,

at Konkurrencerådet har begået en fejl ved selv at tage stilling til, hvorvidt konkurrencen er udelukket, jf. forordning 26/62, artikel 2, stk. 1, 2. pkt., sidste sætning, idet denne kompetence alene tilkommer Kommissionen, og

at Konkurrencerådet ikke har sandsynliggjort, at pkt. 2.3 og 3.3 i Tilslutningsaftalen er Konkurrencebegrænsende og dermed slet ikke, at disse aftalebestemmelser udelukker konkurrencen.

Som anført har Konkurrencerådet fejlagtigt undladt at vurdere de påankede bestemmelser i Tilslutningsaftalens pkt. 2.3 og 3.3 i den rette sammenhæng, nemlig i lys af at alle eksklusivetsbestemmelser og øvrige konkurrencebegrænsende bestemmelser i aftalekomplekset er blevet fjernet og at der således er åbnet op for konkurrence.

Ved ophævelsen af de øvrige bestemmelser er der foretaget en meget vidtgående "afmontering" af aftalekompleksets eksklusivets- og øvrige konkurrencebegrænsende bestemmelser.

På trods af dette sceneskift og uanset at de påankede bestemmelser i Tilslutningsaftalens pkt. 2.3 og 3.3 generelt er af anden type og tilgodeser andre formål end de øvrige ophævede bestemmelser, der hovedsageligt vedrørte selskabernes og andelshavernes markedsadfærd, har Konkurrencerådet ganske undladt at tage den ændrede konkurrencesituation i betragtning.

3.2 Særligt om Tilslutningsaftalens pkt. 2.3.

Pkt. 2.3 har alene til formål at sikre, at ejerne af P-amba og M-amba opretholder et tilstrækkeligt økonomisk fundament til at sikre, at disse kan honorere forpligtelserne i P-amba og M-amba.

Den afgørende økonomiske relation mellem landmændene og selskaberne er leverandørforholdet (mælkeafregningen). Landmændene modtager årligt betalinger på ca. 9,1 mia. kr. for deres mælkeleverancer. Selvom det havde været muligt at foretage udlodninger af MD Foods' og Kløver Mælks egenkapital, ville der være tale om et beløb af en underordnet størrelsesorden i forhold til mælkeafregningen, der i 1996-97 udgjorde gennemsnitligt 845.000 kr. og 908.000 kr. pr. andelshaver for henholdsvis MD Foods og Kløver Mælk. Et teoretisk eksempel vedrørende Kløver Mælk illustrerer, at virkningerne af bestemmelsen er helt underordnet. Forestillede man sig den mulighed, at hele Kløver Mælks egenkapital på ca. 380 mio. kr. blev udloddet over en 10-årig periode, ville der blive tale om en årlig udlodning på gennemsnitlig 20.000 kr. pr. andelshaver svarende til 2,2 % af den gennemsnitlige årlige mælkeafregning på 908.000. Efter størrelsen af de mulige udlodninger har det formodningen imod sig, at udlodningsmomentet skulle udøve nogen som helst indflydelse på landmændenes mejerivalg

Bestemmelsen har i øvrigt ingen selvstændig betydning for MD Foods, der ifølge sine vedtægters § 20, stk. 2 ikke kan foretage udlodning til andelshaverne, der forringer selskabets egenkapital.

3.3 Særligt om Tilslutningsaftalens pkt. 3.3.

Bestemmelsen har ikke konkurrencebegrænsende formål eller virkninger. Den må ses på baggrund af de øvrige forbudsbestemmelser og i sammenhæng med pkt. 3.1, som indeholder et forbud mod

overdragelse af rettigheder og forpligtelser, og som Konkurrencerådet ikke har forbudt og heller ikke kan påbyde ophævelse af, da det ikke kan være i strid med konkurrencelovens § 6, at aftale hvad der følger af almindelige obligationsretlige grundsætninger, og i sammenhæng med pkt. 3.2., hvoraf det følger, at der ikke foreligger en overgang af rettigheder og forpligtelser, hvor en part fusioneres som det fortsættende selskab.

Pkt. 3.3 bygger på det generelle forbud i pkt. 3.1, der er til hinder for en fusion med en part som ikke-fortsættende selskab og indeholder den lempelse af forbudet i pkt. 3.1, at en sådan fusion kan ske på de angivne vilkår.

3.4 Særligt om konkurrencelovens § 4 EU's rådsforordning 26/62

Konkurrencerådet har begået en væsentlig procedurefejl ved selv at vurdere, om pkt. 2.3 og 3.3 kan udelukke konkurrencen i strid med den enekompetence, som er tillagt Kommissionen i henhold til forordning 26/62, artikel 2, stk. 1, 2. pkt., sidste sætning, og artikel 2, stk. 2. Ankenævnet skal derfor allerede af denne grund ophæve Konkurrencerådets afgørelse.

4. Konkurrencerådets argumentation:

Konkurrencerådet har henholdt sig til den trufne afgørelse.

5. Ankenævnets bemærkninger:

Den påklagede afgørelse er truffet i anledning af MD Foods og Kløver Mælks anmeldelse af det komplekse af aftaler, selskaberne har indgået med hinanden, med anmodning om ikke-indgrebserklæring efter konkurrencelovens § 9, subsidiært fritagelse efter § 8, stk. 1.

Klagen angår Konkurrencerådets pålæg om ophævelse af to bestemmelser i dette aftalekompleks, som Konkurrenceankenævnet ved kendelse af 12. december 1997 i sin helhed bedømte som værende klart konkurrencebegrænsende efter den dagældende konkurrencelovs § 11, som lød således:

"Finder Konkurrencerådet, at der på et markedsområde foreligger en konkurrencebegrænsning, der medfører eller vil kunne medføre skadelige virkninger for konkurrencen og dermed effektiviteten i produktion og omsætning af varer eller tjenesteydelser m.v. eller begrænsninger i erhvervsfriheden, jf. § 1, kan Rådet søge de skadelige virkninger bragt til ophør ved forhandling."

Efter den nugældende konkurrencelovs § 6, stk. 1, er det "forbudt for virksomheder m.v. at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen".

En bedømmelse af de aftaler, der er indgået mellem MD Foods og Kløver Mælk, i henhold til denne bestemmelse må - ligesom den bedømmelse af spørgsmålet om konkurrencebegrænsning efter den tidligere konkurrencelov, som Ankenævnet foretog ved afgørelsen af 12. december 1997 - tage sit udgangspunkt i aftalekomplekset som helhed.

Konkurrencerådet ses imidlertid ikke at have foretaget en sådan helhedsbedømmelse af aftalekomplekset. Konkurrencerådet har alene taget stilling til de enkeltbestemmelser, hvis ophævelse afgørelsen munder ud i, og det fremgår ikke af afgørelsen, hvorfor netop disse og kun

disse bestemmelser er underkastet bedømmelse. Det er herom blot anført, at disse "bestemmelser skal vurderes i forhold til konkurrencelovens § 6."

Ankenævnet finder, at en stillingtagen til spørgsmålet om ophævelse af de bestemmelser i aftalekomplekset, som klagen angår, er af helt underordnet betydning i forhold til en stillingtagen til, om aftalekomplekset som helhed er omfattet af § 6, stk. 1, og om der skal meddeles fritagelse efter § 8, stk. 1 en fritagelse, som i givet fald skal være tidsbegrænset, og som kan meddeles på vilkår, jf. § 8, stk. 3, herunder også vilkår om ophævelse af enkelte bestemmelser i aftalekomplekset og/eller om der skal meddeles påbud efter § 6, stk. 4, jf. § 16, herunder om delvis ophævelse af aftalekomplekset eller andet. Ankenævnet finder endvidere, at en stillingtagen til spørgsmålet om ophævelse af de pågældende bestemmelser muligt stiller sig forskelligt, alt efter om grundlaget er en helhedsbedømmelse efter § 6, stk. 1, og § 8, stk. 1, samt § 8, stk. 3, 3. pkt., om grundlaget er et påbud om partiel ophævelse i medfør af § 6, stk. 4, jf. § 16, eller om grundlaget er en bedømmelse af den enkelte bestemmelse efter § 6, stk. 1, og § 8, stk. 1.

Ankenævnet hjemviser derfor sagen til fortsat behandling i Konkurrencerådet med henblik på en stillingtagen til, om aftalekomplekset som helhed er omfattet af § 6, stk. 1, og om der i givet fald skal meddeles fritagelse efter § 8, stk. 1, jf. stk. 3, og i så fald for hvilket tidsrum og eventuelt på hvilke vilkår, om der skal meddeles påbud efter § 6, stk. 4, jf. § 16, herunder om delvis ophævelse af aftalerne, eller om den konkurrenceretlige bedømmelse skal begrænses til en bedømmelse af enkelte bestemmelser som sket og i givet fald med en begrundelse herfor.

Herefter bestemmes:

Sagen hjemvises til fortsat behandling i Konkurrencerådet.

Ole Jess Olsen Jens Fejø

Børge Dahl«