

Kampen om mælken

Konkurrenceråd vs. monopol- og ankenævn

Niels Blomgren-Hansen, professor (nbh.eco@cbs.dk) og

Peter Møllgaard, professor (hpm.eco@chs.dk)¹

Institut for Nationaløkonomi, CBS (Handelshøjskolen i København)

1. Indledning

Den danske konkurrencelov er i bund og grund god nok. Den er inden for de sidste fem år blevet harmoniseret med EU's konkurrencelovgivning, så erhvervslivet kun skal arbejde under ét sæt konkurrenceregler. Konkurrenceloven (KL) er en rammelov, der overlader det til konkurrencemyndighederne at vurdere, om en given adfærd udgør et konkurrencepolitisk problem. Sådanne vurderinger må i langt de fleste sager bygge på en industriøkonomisk analyse af kilden til konkurrencebegrænsningen. I forbindelse med behandlingen af konkurrenceproblemer i mejerisektoren, har Konkurrenceråd (KR) og -styrelse (KS) i en række sager forsøgt at begrænse barrierer for potentiel konkurrence i god overensstemmelse med moderne industriøkonomi for kooperativer. Disse beslutninger er imidlertid blevet underkendt af Konkurrenceankenævnet (KA), oftest med en meget uklar og/eller kortfattet argumentation. Det har undermineret den måde, KL praktiseres på i mejerisektoren. Der er dermed skabt behov for en præcisering af forholdet mellem andelsretten og KL.

2. Konkurrencepolitik

Der er i dagens Danmark bred enighed om, at vi i lighed med andre markedsøkonomier har brug for en konkurrencelov, og at lovens formål bør være »effektiv samfundsmæssig res-

sourceanvendelse gennem effektiv konkurrence.« KL opstiller nogle generelle spille-regler, der skal gælde for virksomhedernes adfærd på markederne. Den er en rammelov, som fyldes ud med fortolkninger af praksis fra andre jurisdiktioner, juridiske skøn af reglernes rækkevidde og indhold og af økonomiske analyser af virksomhedernes adfærd og velfærdseffekten af denne adfærd.

De grundlæggende regler i den danske KL har siden 1997 været harmoniseret med EU's og KL er ved senere revisioner blevet harmoniseret yderligere, så der i dag skal et skarpt øje til for at finde forskellene.

Den gradvist større vægt, som konkurrencepolitikken har fået, afspejler ikke blot et politisk ønske om større overensstemmelse mellem national og europæisk konkurrencepolitik, men også og mere grundlæggende den erfaring, at en markedsøkonomi med virksom konkurrence er bedre end planlægning til at sikre en dynamisk erhvervs- og samfundsudvikling. Perspektivet er gradvist skiftet fra statik til dynamik, fra snævert defineret kortsigtet økonomisk efficiens til (nedbrydning af barrierer for) potentiel konkurrence og innovation, fra resultat til proces.²

Udgangspunktet for en markedsøkonomi er

virksomhedernes kontrakt- eller aftalefrihed. Teoretisk set er der i en markedsøkonomi med virksom konkurrence ingen uoverensstemmelse mellem virksomhedernes egeninteresser og samfundsmæssige hensyn til effektiv ressourceallokering og en dynamisk erhvervsudvikling, og der er følgelig ikke brug for offentlig regulering. Gribes myndighederne alligevel til regulering, risikerer man en mindre effektiv ressourceanvendelse og især en mindre dynamisk erhvervsudvikling.

Men i praksis vil »markedet« ikke i alle tilfælde sikre, at konkurrencen er virksom. Virksomhederne vil tværtimod ofte se en interesse i at begrænse konkurrencen. Det er som modvægt heroverfor, at der er brug for en konkurrencelov.³

Konkurrencemyndighedernes opgave bliver da at beskytte den aktuelle og potentielle konkurrence mod barrierer i form af konkurrencebegrænsende aftaler (§ 6), misbrug af dominerende stilling (§ 11) eller fusioner, der skaber eller styrker en dominerende stilling, hvorved konkurrencen hæmmes betydeligt (§ 12). Vurderer myndighederne, at aftaler og adfærd har de nævnte skadelige virkninger på konkurrencen, skal de gribe ind med forbud eller gøre den omhandlede aftale, adfærd eller fusion betinget af vilkår, der neutraliserer en evt. hæmmende effekt på konkurrencen.

KL har ikke brod mod dominerende virksomheder *per se*. Det gælder uanset om dominansen er opnået gennem organisk vækst eller gennem opkøb/fusioner. I mange brancher er stordrift en betingelse for »effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse« og/eller for at give en virksomhed den fornødne konkurrencekraft til at gøre sig gældende på de internationale markeder. Det er ikke op til konkurrencemyndighederne at vurdere, om stordrift rent faktisk er forbundet med effektivitetsfordele eller ikke. Det er virksomhedernes ansvar at finde den for dem optimale struktur. Bortset fra fusionskontrollen blan-

der konkurrencemyndighederne sig derfor ikke i virksomhedernes interne anliggender.

Ikke desto mindre vil konkurrencemyndighedernes indgreb oftest vedrøre virksomheder, der er relativt store på det relevante marked. Det er en logisk følge af, at konkurrencemyndighederne skal beskytte konkurrencen, og derfor skal have et vågent øje med de mulige konkurrencebegrænsende effekter af aftaler mellem i forvejen relativt store virksomheder, af misbrug af dominans og af fusioner.

Myndighedernes indgreb i (typisk store) virksomheders frie udfoldelsesmuligheder sker for at give bedre udfoldelsesmuligheder for en ofte diffust defineret gruppe af (typisk mindre) aktuelle og/eller potentielle konkurrenter. Sådanne indgreb vil forståeligt nok blive anfægtet af de berørte virksomheder. De vil påberåbe sig, at den omhandlede aftale eller adfærd ikke har de påståede skadelige virkninger på konkurrence og effektivitet, og/eller at konkurrencemyndighederne ikke har den fornødne hjemmel til at gribe ind.

Det er både nemt og vanskeligt at foretage et konkurrencepolitisk indgreb. KL er en rammelov, der alene angiver principper for acceptabel og ikke-acceptabel virksomhedsadfærd. § 6 og § 11 angiver således alene eksempler på aftaler, der kan have til formål eller følge at begrænse konkurrencen, henholdsvis udgøre et misbrug af dominerende stilling – ikke en udtømmende liste. Det ligger heri, at konkurrencemyndighederne også skal (kunne) gribe ind over for andre typer af aftaler og adfærd, som har en hæmmende effekt på konkurrencen og dermed er i strid med den overordnede konkurrencestrategi. Sat på spidsen: Kan en aftale eller adfærd antages at have mærkbare negative effekter på den aktuelle eller potentielle konkurrence og dermed på den samfundsmæssige ressourceanvendelse på kort eller længere sigt, så kan der også i KL indfortolkes en hjemmel for Konkurrencemyndighederne til at gribe ind

heroverfor, med mindre da KL eksplicit friholder det omhandlede område.⁴

Af hensyn til retssikkerheden kunne det synes ønskeligt, at konkurrencemyndighederne fortolker KL snævert, dvs. alene griber ind over for problematiske aftaler og ditto adfærd, hvis de skadelige effekter på den aktuelle og potentielle konkurrence er uomtvisteligt bevist, og indgrebet har en udtrykkelig hjemmel ved at være omfattet af de i § 6 og § 11 anførte eksempler på konkurrenceskadelig adfærd. Det er da også, hvad virksomhederne og deres advokater typisk vil procedere på.

En sådan snæver fortolkning af KL ville ikke afspejle lovgivers intention (i givet fald havde lovgiver udformet loven som en udtømmende liste af klart definerede lovstridige forhold), og den ville reelt ikke skabe større retssikkerhed. Konsekvensen ville blot være, at virksomhederne og deres advokater i højere grad, end det er tilfældet, ville gå på jagt efter »huller« i KL, at reelt samme skadevirkning på konkurrencen vurderedes forskelligt alt efter hvilken »indpakning«, virksomhederne måtte give aftalen eller adfærden (juridisk substitution), at lovgiver hele tiden ville »halse bagefter« med nye udbygninger for at rette op på omgåelser i relation til lovens formål, og at KL (i lighed med skattelovgivningen) ville blive overflødig kompleks og uoverskuelig til glæde for få andre end advokatbranchen. »Kampen om mælken« mellem KR og KA har affødt et sådant krav om indførelse af særlige regler i KL for andelsselskaber.

Der er sjældent en endegyldig facitliste til de sager, KR skal træffe afgørelse i. Uanset kvaliteten af de juridiske og økonomiske analyser, som virksomhederne og KS måtte forelægge, vil der altid være et større eller mindre gråt område, hvor indsigtfulde personer vil kunne konkludere forskelligt.

Præmisserne for konkurrencemyndigheder-

nes afgørelse er økonomiske analyser og vurderinger. Det betyder, at administrationen af KL ikke er – og ikke kan reduceres til – en snæver juridisk disciplin. Lovgiver har da også henlagt afgørelserne til et nitten mand stort, bredt sammensat KR repræsenterende personer med juridisk og økonomisk sagskundskab og praktisk kendskab til erhvervs- og brancheforhold.

På det principielle plan er der en klar arbejdsdeling: Juristerne vurderer, efter hvilke regler en sag skal afgøres, (industri)økonomerne hvorvidt den omhandlede aftale eller adfærd kan tænkes at være konkurrencebegrænsende, og medlemmerne med erhvervs- og branchekundskab bidrager til en vurdering af den praktiske betydning af aftalen eller adfærden og (hvor det er relevant) afvejningen af negative og positive virkninger. I praksis går diskussionen i KR på kryds og tværs.

Man kan selvsagt diskutere det hensigtsmæssige i, at KR er så stort som nitten mand. Man kan selvsagt også være uenig i denne eller hin konkrete afgørelse. Men man kan næppe anfægte logikken i, at de vurderinger, som afgørelser efter KL forudsætter, bedst foretages af et organ med en bred sammensætning af juridisk, økonomisk og erhvervsmæssig sagskundskab og følgelig ikke bør kunne tilsidesættes af domstole eller andre ankeinstanser, med mindre KR har begået åbenbare fejl.

Kombinationen af, at der kan være væsentlige økonomiske interesser på spil, og det forhold, at præmisserne for konkurrencemyndighedernes afgørelser typisk er økonomiske analyser og vurderinger, der er åbne for kritik, inviterer til konkurrenceretlige bataljer, ofte med stor mediebevågenhed.

Sådanne debatter er ikke nødvendigvis udtryk for, at den ene eller den anden part har begået en fejl eller er ude i et »usagligt ærinde« og følgelig fortjener en tur gennem pressens »vridemaskine«. De bør ses som en po-

litisk/faglige proces, hvorigennem der (forhåbentlig) udmønter sig en fælles forståelse af, hvilke typer af aftaler og adfærd, der er uforenelige med KL, og som et værdifuldt supplement til diskussionerne mellem KS og virksomhederne og blandt medlemmerne af KR.

3. Andelsret og Konkurrencelov

Ind imellem koger den offentlige debat op med kritik og forslag, der afspejler manglen på kendskab til/forståelse af de ræsonnementer, der ligger til grund for KR's afgørelser. Senest har der været røre omkring de store andelsselskaber i landbrugssektoren og KR's indgreb eller mangel på samme over for »andelsmastodonernes magtmisbrug«.

Synspunkterne har været meget forskellige: KR har været for blødsødent over for de magtfulde andelsselskaber, der »tromler« de små konkurrenter og ser stort på forbrugerne; KR mangler forståelse af andelsselskabernes særegne organisation; KR's (tildels underkendte) indgreb lægger urimelige hindringer i vejen for rationel stordrift; KR er velmenende men mangler hjemmel til at gribe effektivt ind over for de store selskaber.

Debatten synes i enestående grad at bygge på misforståelser.

For det første er det væsentligt at slå fast, at KR i princippet ikke har noget hjemmelsproblem, og at der følgelig ikke – som påstået i debatten – er brug for en opstramning af KL. Der kan muligvis være brug for en præcisering af, at KL også omhandler andelsselskaber for så vidt som KA synes at give disse en særstatus i forhold til andre selskabsformer med henvisning til »den andelsretlige lighedsgrundsætning« eller tilsvarende løst definerede begreber.

Der findes ikke nogen andelslov, hvor man kan finde en »andelsretlig lighedsgrundsætning.« I modsætning til de fleste andre lande

har andelslandet Danmark ikke nogen særskilt lovgivning vedr. andelsselskaber.

I Lov om erhvervsdrivende virksomheder er andelsselskaber defineret som virksomheder, »hvis formål er at virke til fremme af deltagerens fælles interesser gennem deres deltagelse i virksomheden som aftagere, leverandører eller på 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« (Lov nr. 546 af 20. juni 1996, § 4). Lovgivningen stiller således kun to fælles krav til andelsselskaber: De skal have et kooperativt formål, og virksomhedens resultat skal fordeles i forhold til medlemmernes omsætning⁵.

Fraværet af en særskilt andelslovgivning synes velbegrundet. Der er i Danmark et meget stort antal andelsselskaber, ofte små, og der er som udgangspunkt ingen grund til gennem lovgivning at lægge dem hindringer i vejen for, at de organiserer deres interne forhold, som de måtte finde formålstjenligt. Der er stor variation med hensyn til medlemskab (åbent eller lukket), principperne for fordelingen af medlemmernes indflydelse på selskabets ledelse, hæftelse for selskabets gæld, leverings- eller købspligt, betingelserne for medlemmernes indtræden og udtræden mv. I de fleste selskaber er medlemsskabet personligt, andre er selskabsejede. Variationen er som nævnt stort. Det ville være overordentlig vanskeligt og under alle omstændigheder ganske u hensigtsmæssigt at søge at imødegå evt. konkurrencemæssige problemer i enkelte andelsselskabsdominerede sektorer ved generel lovgivning om andelsselskabernes vedtægter.

Det er da heller ikke nødvendigt. KL gælder al erhvervsvirksomhed uanset retlig form.

Ikke desto mindre har det været fremført, at

andelsselskaberne falder uden for konkurrencemyndighedernes indgrebsbeføjelse. Det er sket med henvisning til lovens § 5, ifølge hvilke lovens kapitel 2 ikke finder anvendelse »på aftaler, vedtagelser og samordnet praksis inden for samme virksomhed og koncern.« Et andelsselskab er jo netop karakteriseret ved, at medlemmerne indgår gensidigt bindende aftaler.

Denne usikkerhed er afklaret i bkg. nr. 1029 af 17-12-1997 (bkg. nr. 1029), der præciserer, at undtagelsen alene omfatter »interne aftaler i andelsselskaber, såfremt de er begrænset til, hvad der er nødvendigt for at sikre en tilfredsstillende drift af andelsvirksomheden og opretholde kontraheringsstyrken«.

Interne aftaler defineres som »aftaler mv. indgået mellem andelsvirksomheden som sådan og dens medlemmer eller aftaler mv. mellem medlemmerne indbyrdes, f.eks. om medlemmernes indbyrdes hæftelse, stemmeafgivning og repræsentation i andelsvirksomheden, og som ikke har mærkbare virkninger for andre end medlemmerne og virksomheden« (vor fremhævelse). Tilfredsstillende drift defineres som en normal udnyttelse af virksomhedens kapacitet. Med udtrykket »opretholde en kontraheringsstyrke« forstås 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 væsentlig kortere.

Der er således intet belæg for, at KL skulle undtage interne eller eksterne aftaler, der har mærkbare virkninger på tredjepart (herunder forbrugere og aktuelle eller potentielle konkurrenter), vedtægter, der har til formål eller følge at binde medlemmerne i en længere periode og dermed hindre, at de kan indgå i et konkurrerende kontraktforhold, eller anden

adfærd, der udgør misbrug af dominerende stilling.⁶

4. Andelsselskaber og industriøkonomi

Det forhold, at andelsselskaber ikke har noget særstilling i forhold til KL betyder imidlertid ikke, at den valgte organisationsform er uden betydning for, hvordan en konkret sag falder ud. Der kan være tilfælde, hvor et andelsselskabs dominerende stilling kan være mindre betænkelig end fx et aktieselskabs tilsvarende dominerende stilling, fordi andelselskabets vedtægter og selskabets og medlemmernes sammenfaldende interesser udelukker misbrug af den dominerende stilling.

Det klassiske case er et mejeri, der er alene på markedet for opkøb af råmælk fra landmændene (monopson) og alene på markedet for drikkemælk til forbrugerne (monopol).

Et profitmaksimerende aktieselskab ville begrænse opkøbet og udbuddet for derved at opnå lavere indkøbspris på råmælk og højere udsalgspris på færdigmælk. En sådan adfærd ville være i strid med KLs formål om effektiv samfundsøkonomisk ressourceanvendelse, og konkurrencemyndighederne ville derfor kunne gribe ind mod virksomhedens misbrug af dominerende stilling, in casu »direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- og salgspriser eller andre urimelige forretningsbetingelser« (§ 11.3).⁷

Andelsselskabet har ikke samme mulighed for at misbruge sin dominerende stilling, hvis det ifølge sine egne vedtægter er forpligtet til at aftage den mælk, som medlemmerne producerer, og skal fordele virksomhedens overskud efter den indvejede mælkemængde. I så tilfælde vil den enkelte landmand producere så megen mælk, at hans grænseomkostninger netop svarer til afregningsprisen inkl. evt. restbetaling (lig den pris, mejeriet kan opnå ved salg i færdigproduktmarkedet minus dets omkostninger til transport, behandling og distribution). Der er intet efficienstab. Lige-

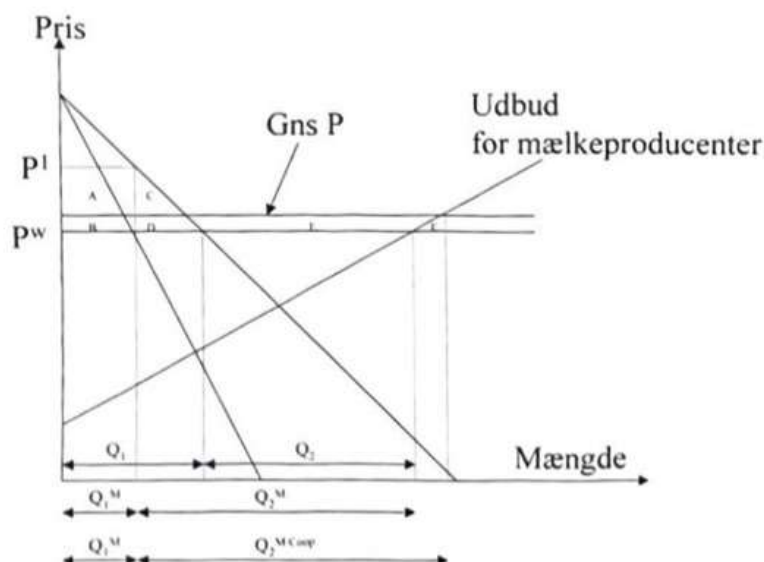
vægten svarer til den, man ville opnå under fuldkommen konkurrence. Eller rettere, ligevægten er bedre end den, der ville kunne opnås under fuldkommen konkurrence, idet andelsmonopolet åbner for stordriftsfordele i transport, behandling og distribution og lave kapitalomkostninger i kraft af den sikkerhed for kreditorerne, der ligger i medlemmernes leveringspligt og evt. hæftelse. Det synes at være den bedste af alle verdener, og der er følgelig intet grundlag for indgreb.⁸

Men andelsorganisationsformen er ikke nogen garanti for effektiv samfundsmæssig resourceanvendelse.

Antag i stedet, at mejeriet sælger dels drømmemælk på et hjemmemarked, der er beskyttet af høje transportomkostninger og produkternes begrænsede holdbarhed, dels smør og ost, der sælges på et globalt marked til priser, P^W , som mejeriet ikke kan påvirke.⁹ I så tilfælde vil mejeriet (og dets medlemmer) have en interesse i at sætte prisen, P^I , på drømmemælk til det beskyttede hjemmemarked højere end P^W .¹⁰ Se figur 1.

De indenlandske forbrugere lider et tab i forbrugeroverskud ved at prisen på drømmemælk (og dermed »grænsenytt« vurderet i kroner) overstiger de samfundsmæssige grænseomkostninger ved at producere mælken ($A+B+C+D$), der kun delvis opvejes af mejeriets merfortjeneste ($A+B$). Differencen ($C+D$) er et samfundsøkonomisk velfærdstab (et såkaldt dødvægtstab). Hertil kommer et tab (F i figur 1) som følge af, at profitten ved salg af drømmemælk på hjemmemarkedet fordeles i form af højere afregningspris (Gns P i figur 1) til mælkeproducenterne. Den højere afregningspris giver producenterne et incitament til at øge deres produktion på trods af, at de samfundsmæssige grænseomkostninger herved overstiger gevinsten ved at producere mælken og forarbejde den til smør og ost til verdensmarkedet.

Hvis mejeriet var organiseret som et profitmaksimerende aktieselskab, ville samfundet kun lide det førstnævnte dødvægtstab, $C+D$. Andelsorganisationsformen vil altså resultere i en mindre effektiv samfundsmæssig resourceanvendelse end aktieselskabsformen. Ud fra målsætningen om effektiv samfunds-



Figur 1. Prisdannelse for aktieselskab og andelsvirksomhed (Coop)

mæssig ressourceanvendelse har konkurrencemyndighederne således under de anførte forudsætninger et stærkere argument for at gribe ind over for monopol-andelsmejeriets urimeligt høje priser end over for monopol-aktieselskabets lige så høje priser.

De mulige konkurrenceretlige problemer med dominerende andelsselskaber er ikke begrænset hertil.

Antag, at der melder sig bønder på banen, som ikke hidtil har produceret mælk, og at der er så betydelige stordriftsfordele ved mejeridrift, at det er uøkonomisk at etablere et alternativ til monopol-mejeriet. Hvis mejeriet drives som et profitmaksimerende aktieselskab, vil det i egen interesse tilbyde de nye producenter at aftage deres mælk på samme betingelser som de gamle. Tilgangen af nye producenter, der er villige til at producere mælk til en pris, der er lavere end de gamle producenters grænseomkostninger, er en gevinst for forbrugerne og samfundet som helhed. Men ikke for de gamle producenter. Hvis mejeriet står over for en ikke fuldt elastisk efterspørgselskurve, vil det øgede udbud presse priserne ned på såvel råmælk som færdigprodukter. De gamle producenters indtjening vil falde. Det kan de ikke gøre noget ved, hvis som forudsat, mejeriet drives som et profitmaksimerende aktieselskab. Men hvis det var deres eget andelsselskab, ville de kunne beslutte ikke at optage nye medlemmer eller at stille sådanne optagelsesbetingelser, at det ikke var rentabelt for de nye medlemmer at producere mælk.

Det kan også tænkes, at en gruppe mælkeproducenter får en god idé til et nyt produkt og/eller en ny teknologi eller organisation, der kan øge deres indtjening. Hvis mejeriets ledelse er åben over for nye ideer og finder, at forslaget er godt, vil ideen blive afprøvet, og det er som det skal være ud fra målsætningen om en dynamisk erhvervsudvikling. Men hvad nu hvis mejeriets ledelse er mindre

åben eller ikke ønsker at markedsføre et nyt produkt, fordi det vil konkurrere med de produkter, det allerede sælger? Kan initiativtagerne så gå et andet sted hen eller etablere deres eget mejeri? Hvis det mejeri, de hidtil har leveret til, er et profitmaksimerende aktieselskab, vil svaret være ja. Men hvis de er medlemmer af et andelsselskab, ligger det tungere. Som modstykke til, at andelshaverne har en ret til at levere mælk til andelsmejeriet, har de typisk også en pligt til at levere, og den pligt kan først ophøre efter en vedtægtsbestemt opsigelsesperiode og/eller på økonomiske vilkår, der stærkt svækker incitamentet til at prøve nyt.¹¹

Ovenstående eksempler illustrerer, at andelsorganisationsformen under visse forudsætninger er hensigtsmæssig ud fra en samfundsmæssig effektivitetsbetragtning, men under andre kan resultere i begrænsninger i den aktuelle eller potentielle konkurrence og deraf følgende effektivitetstab på kort og langt sigt.

De store andelsselskaber opererer typisk på en række markeder – *upstream* og *downstream*. På nogle markeder er deres adfærd konkurrenceretlig uproblematisk, på andre kan deres adfærd udgøre et misbrug af dominerende stilling. Om, og i givet fald hvordan, der skal gribes ind for at eliminere de mulige negative effekter, kan ikke afgøres generelt, men må bero på en konkret vurdering byggede på en konkret og grundig analyse.

5. Andelsselskaber og konkurrenceretspraksis

KR har i årenes løb afgjort en lang række sager vedr. andelsselskaber. Glædeligt og i nogen grad overraskende for et mangeårigt medlem tegner der sig en konsekvent og velargumenteret linie. KR synes dermed at have levet op til forpligtelsen til gennem konkrete afgørelser at udstikke principielle retningslinier for, hvorledes KL skal fortolkes på dette ganske komplicerede område.

I det følgende redegør vi først for de pejlelinier. KR har anlagt i sager vedr. andelsselskaber uden for mælkesektoren. Dernæst vil vi se på de meget omtalte sager vedr. MD/Kløver Mælk/Arla.

Udgangspunktet er som nævnt indledningsvist, at KR skal afstå fra at gribe ind i andelsselskabernes interne aftaler, hvis konkurrencen er virksom. Det gælder også, selv om andelsselskabets interne vedtægter måtte genere aktuelle eller potentielle konkurrenter.

Dette blev slået fast i en interessant og velargumenteret afgørelse¹² af 1995-01-30, hvor KR afviste en påstand fra en konkurrent til GASA Odense-Frugt-Grønt A.m.b.a. om, at andelsselskabets vedtægter og leveringsbetingelser var anmeldelsespligtige. I henhold til GASAs vedtægter skulle medlemmerne emballere deres produkter i GASA-emballage leveret af GASA til en af selskabet fastsat pris. Det er en konkurrencebegrænsning: Konkurrenten (Garta) var afskåret fra at levere emballage til GASAs medlemmer, og disse var afskåret fra at købe emballage fra andre, evt. billigere leverandører af emballage. KR afviste klagers snævre markedsafgrænsning (fynsk frugt og grønt) og resolverede, at GASA ikke var dominerende på noget af de berørte markeder (distribution af frugt og leverance af emballage), og at bestemmelserne ikke gik videre end nødvendigt for at sikre tilfredsstillende drift af andelsforeningen, herunder et tilstrækkeligt bredt økonomisk grundlag og en vis stabilitet i medlemskredsen. Afgørelsen ankedes til KA, der stadfæstede afgørelsen ved kendelse af 1996-09-29.

Med tilsvarende begrundelse (de interne aftaler går ikke videre end »nødvendigt for at sikre en tilfredsstillende drift og opretholde en kontraheringsstyrke«) har KR og KS godkendt vedtægter¹³ for et stort antal andelsforeningers med små markedsandele, fx ved afgørelse af 1999-12-15.

Hvis konkurrencebegrænsningen i henhold til et andelsselskabs vedtægter har mærkbare virkninger på andre end medlemmerne og andelsvirksomheden, kan de ikke godkendes efter § 6, men selskabet vil efter ansøgning kunne meddeles dispensation efter § 8. Betingelsen er, at konkurrencemyndigheden efter en grundig og sagkyndig vurdering finder, at fordelene ved aftalen opvejer de konkurrencemæssige ulemper. KR godkendte fx ved afgørelse af 1998-11-25 et ganske restriktiv regel- og aftalekompleks for Danske Fragtmænd A.m.b.a. Foreningen fastsætter takster, udsteder rutekontrakter og forbyder medlemmerne at konkurrere med selskabets fragtmandskørsel. KR fandt, at aftalekomplekset var nødvendigt for at opretholde et landsdækkende rutenet i konkurrence med andre udbydere, og derved bidrog til at øge konkurrence og effektivitet på markedet for fragtkørsel.

Problemerne opstår, når andelsselskabet har en dominerende stilling. I sådanne tilfælde har KR ofte fundet det nødvendigt at påbyde konkrete ændringer i selskabernes vedtægter for derved at sikre den aktuelle eller (hyppigere) den potentielle konkurrence. I en afgørelse af 1995-03-22 påbød KR Daka A.m.b.a. (destruktion af slagteriaffald mv.) at ændre sine vedtægter, således at medlemmernes leveringspligt begrænsedes til højrisikostoffer. Hensigten var at give alternative selvstændige destruktionsanstalter (in casu Miljøcentret Vantinge A/S) adgang til råvaremarkedet. Daka ankede med den begrundelse, at KR ikke havde påvist eller sandsynliggjort skadelige virkninger af leveringspligten. Efter en præcisering af KR's afgørelse stadfæstede KA den ved kendelse af 1996-02-09.

I en række kendelser har KR taget stilling til den konkurrencebegrænsende effekt af (kombinationen af) dominerende stilling, lange bindingsperioder, eksklusiv købsforpligtelse og restriktive og asymmetriske øko-

nomiske vilkår for indmeldelse og udtræden. I en afgørelse af 1999-04-28 vedr. Den Danske Presses Indkøbs-Forening (avis-papir) pålagdes foreningen således at nedsætte bindingsperioden, der med 2-3 år gik ud over hvad der er hjemlet i bkg. nr. 1029. Med tilsvarende argumentation afgjorde KR, at udmeldelsesvarslet for DLGs B- og D-medlemmer (6 mdr. til udløbet af en 2-årsperiode) og udbetalingsperioden for andelskapital (årlige rater over 10 år) var for lange (afg. af 2000-04-26). Omvendt kunne KR godkende Dakas vedtægter, der indeholder et opsigelsesvarsel på 12 måneder til udgangen af en måned og udbetaling af andelskapital over 5 år (afg. af 2001-02-28). Dat-Schaubs vedtægter godkendtes til trods for et ganske langt udmeldelsesvarsel (2 år til udløbet af en 3-årig driftsperiode). Det centrale argument var her, at Dat-Schaub nok er den eneste danske virksomhed i branchen, men at markedet er globalt, og at Dat-Schaub ikke indtager en dominerende stilling. Heller ikke Danish Crowns vedtægter fandtes at indeholde uacceptable konkurrencebegrænsninger. Andelshaverne i Danish Crown kan udtræde af selskabet med 12 måneders varsel. Andelshaverne er forpligtet til over en periode at indskyde kapital i selskabet. Indskuddet udbetales over 5 år ved udtræden. Med denne symmetri i ind- og udbetalinger fandtes bindingen af andelshavernes kapital ikke at indebære nogen mærkbar begrænsning af konkurrencen (Afg. af 2000-12-20).

6. Andelssager og Ankenævn

Den linie, som KR havde udstukket i de anførte (og andre) afgørelse, blev imidlertid afgørende anfægtet af KA i kendelse af 2001-02-27.

Udgangspunktet for kendelsen var, at KR ved afgørelse af 1999-12-15 vedr. Elbodan A.m.b.a. havde afgjort, at foreningens udbetalingsperiode for reservefond ved et medlems udtræden (5-7 år uden ratevis udbetaling) var længere end tilladeligt, både i hen-

hold til bkg. nr. 1029 (2 år) og bkg. nr. 1011 af 16-12-1997 om gruppefritagelsen for kadesamarbejder (6 måneder til et kalenderårs udgang). Elbodan ankede denne afgørelse med den begrundelse, at den lange udbetalingsperiode for andelskapital ikke var konkurrencebegrænsende men tværtimod styrkede Elbodans kapitalgrundlag og konkurrenceevne i forhold til kapitalkæderne. Heroverfor argumenterede KR, at der var tale om store beløb, og at bindingen kunne være en barriere for medlemmernes udtræden og etablering på anden vis, og at effekten på konkurrencen – afhængig af beløbets størrelse og bindingsperiodens længde – måtte bero på et skøn. KR vurderede følgelig, at bestemmelserne var konkurrencebegrænsende, og at der ikke kunne meddeles individuel fritagelse efter § 8. KA bemærkede hertil, at KR's afgørelse ikke indeholder konkrete, faktuelle oplysninger, der giver grundlag for at vurdere bestemmelsens virkninger.

Begrundelsen er bemærkelsesværdig. Efter § 11 i bkg. nr. 1032 af 17-12-1997 om KAs virke kan KAs formand anmode klageren og den indklagede myndighed om at tilvejebringe yderligere oplysninger, der skønnes nødvendige for sagens bedømmelse, og i øvrigt indhente oplysninger, hvor det skønnes hensigtsmæssigt. KA kan også hjemvise sagen til fornyet behandling i KR. KA vælger ingen af disse muligheder, men konkluderer uden at have det angiveligt nødvendige grundlag i form af de konkrete, faktuelle oplysninger, at der ikke er grundlag for at antage, at vedtægtsbestemmelsen udgør en konkurrencebegrænsning omfattet af KL § 6.

I Elbodan-sagen sætter KA således ikke blot sin egen vurdering over KR's. Det gør det tilmed uden at have det grundlag, som det selv angiver som nødvendigt for at træffe en afgørelse. KA instituerer herved en praksis, som må forekomme i strid med ånden i KL, er tvivlsom ud fra et retssikkerhedsbetragtning og – skal det vise sig – har resulteret i

kendelser i Arla-sagerne omtalt nedenfor, som opleves som så urimelige i offentligheden, at der i medierne og i brede politiske kredse rejste sig et krav om en i vore øjne helt overflødig stramning af KL med henblik på at hindre Arlas misbrug af sin dominerende stilling.

7. Kampen om mælken – forspil

Mejerisektoren har i den sidste halve snes år været »storkunde« i KR. Det er en naturlig følge af den kraftige koncentration, der er sket med først samarbejdsaftalen af 1992 mellem MD og Kløver Mælk, fusionen mellem de to selskaber i 1999,¹⁴ og endelig fusionen med det svenske Arla i 2000.

Samarbejdsaftalerne mellem MD og Kløver af 1992 havde det klare formål at begrænse konkurrencen (standse »priskrigen« og den »meningsløse« transport af mælk begge veje over Storebælt med henblik på at sælge mælk på konkurrentens »hjemmemarked«). Aftalerne indebar bl.a., at al mælk fra de to selskabers andelshavere disponeredes af et fælles selskab (M-amba) og behandledes af et andet fælles selskab (P-amba), der solgte mælken til de to selskaber med henblik på videresalg til deres kunder. Herudover var der en række bestemmelser, der skulle sikre mod konkurrence, både fra andre distributører og mellem selskaberne indbyrdes. P-amba måtte ikke levere til andre end moderselskaberne, og der var regler, der stort set umuliggjorde opsigelse af aftalen, krævede gensidig indsigt og godkendelse af investeringsbudgetter og forbød, at selskaberne konkurrerede om andelshaverne på a conto betalingen.

I 1996 konstaterede KR, at priserne på mælk og smør lå væsentlig over, hvad de ville være, hvis mejerierne konkurrerede effektivt, og påbød ved afgørelse af 1997-05-28 MD og Kløver at slette de bestemmelser, der blokerede for salg af konsummælk og ost direkte fra P-amba til andre.

Dette påbud ophævedes af KA ved en kendelse af 1997-12-12. KA var enig med KR i, at den dagældende konkurrencelovs §12 indeholdt hjemmel til at kræve ændringer i selskabernes vedtægter, men ikke til at udstede et påbud som det påklagede, »hvorved bemærkes, at påbudet reelt må forstås som et påbud om at stille råvarer og produktionsfaciliteter til disposition for tredjemand.« Argumentationen er vanskelig at følge.

KR gav ikke op. Med hjemmel i den nye KL ophævede KR med afgørelse af 1998-08-26 en række aftaler mellem MD og Kløver om eksklusivitet, opsigelse/udtræden og bestemmelser i tilslutningsaftalen mod at mejerierne konkurrerer indbyrdes. Også denne afgørelse ankedes. KA hjemviste afgørelsen med den kryptiske begrundelse, at »KR ikke ses at have vurderet aftalekomplekset i sin helhed« (kendelse af 1999-03-18).

På det tidspunkt havde MD og Kløver allerede meddelt, at de ville fusionere med MD Foods som fortsættende firma og ønskede at drøfte de konkurrencemæssige virkninger med KS.¹⁵

KS havde nu fat i den lange ende. KL indeholdt ganske vist på daværende tidspunkt ikke regler om fusionskontrol, men erhvervsministeren kunne sende fusionen til vurdering i EU-Kommissionen, og det så parterne nødigt. Så for at undgå det, indvilligede de i en række tilsagn (vilkår), der gik videre end de påbud, som de netop havde undgået ved KAs førømtalte kendelser. Tilsagnene sigtede på at fremme konkurrencen på tre markeder:

- a) Salget af råmælk (MD accepterede forkortet bindingsperiode, mulighed for splitleverancer af mælk til andet mejeri, adgang for alle mælkeproducenter i mejeriernes naturlige opland til at blive andelshaver eller leverandør uden andelsstatus)

- b) Produktionen af mælkeprodukter (MD accepterede at levere råmælk til konkurrenter og at frasælge produktionskapacitet i form af et driftsklart mejerier samt undlade konkurrenceklausuler ved salg af andre mejeriejendomme),
- c) Distribution af mælkeprodukter (MD accepterede at give konkurrenter adgang til deres distributionsapparat).

Endvidere gennemførtes der mindretalsbeskyttelse i Mejeriforeningens vedtægter. (Redegørelse af 1999-04-21, afgørelse af 1999-08-25).

Allerede d. 2. december 1999 besluttede MD Foods og Arla Ekonomisk Förening at fusionere ved at etablere det fælles selskab Arla Foods. KL indeholdt fortsat ikke regler om fusionskontrol, men der var forslag under vejs (indførtes med Lov nr. 416 af 31. maj 2000 med virkning fra 1. oktober s.å.). Så endnu engang var KSs eneste kort mulighed for at indstille til ministeren at henvise sagen til EU-Kommissionen. Prisen for at undgå det var, at MD accepterede et tilsagn om at frasælge yderligere et (mindre) mejeri i funktionsdygtig og god stand til en konkurrent (aftale af 2000-01-24). I notat af 2001-04-25 konstaterede KS, at alle tilsagn er opfyldt.

Man kan diskutere, om konkurrencen som repræsenteret af KS og KR havde stået stærkere, hvis KL havde indeholdt regler om fusionskontrol på tidspunkterne for de to fusioner. Det er næppe tilfældet. I henhold til den nu gældende fusionskontrol skal KR godkende en fusion, med mindre den skaber eller styrker en dominerende stilling, der bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt (§ 12c). KR kan til godkendelsen knytte vilkår eller udstede påbud. Disse vilkår og påbud kan bl.a. bestå i, at de deltagende virksomheder, (1) skal afhænde en virksomhed, dele af en virksomhed, aktiver eller andre ejerinteresser, (2) indrømme tredjepartsadgang eller (3) foretage andre foranstaltninger,

som kan fremme en effektiv konkurrence (§ 12e).

Fra et konkurrencesynspunkt var problemet, at der i forvejen i kraft af samarbejdsaftalen mellem MD og Kløver ikke var megen konkurrence på det danske marked, og at KAs ovenfor nævnte kendelser havde slukket lyset for endog beskedne tiltag med henblik på at sikre den potentielle konkurrence. Som KSs undersøgelser viste, var fusionernes påvirkning af konkurrencesituationen på kort sigt »overskuelig«, men på længere sigt kunne der være tale om, at den potentielle konkurrence blev mindre. KR ville formentlig ikke have haft hjemmel til at forbyde fusionen, men alene til at knytte sådanne vilkår til godkendelsen, at de negative følger for den potentielle konkurrence neutraliseredes. I det perspektiv må man konkludere, at det næppe ville være muligt for KR bevæbnet med de nugældende fusionskontrolregler at få mere konkurrence ud af situationen, end det lykkedes KS med den implicite trussel om at ville indstille til ministeren, at sagerne skulle vurderes af EU-Kommissionen.¹⁶

Hermed var kampen om mælken ikke slut. KS blev i november 1999 opmærksom på en uanmeldt samarbejdsaftale mellem MD Foods og Favorit Marked (fem butikker). Aftalen forpligtede kæden til kun at forhandle mælkeprodukter fra MD og modtog herfor en bonus. Aftalen begrænsede konkurrenters adgang til at sælge til Favoritkæden. MD skyndte sig at ændre aftalen, da selskabet blev opmærksom på, at den var kommet til KSs kundskab. For den gode ordens skyld meddelte KS i februar 2000 MD, at aftalen var i strid med KL § 6 (konkurrencebegrænsende aftaler) og § 11 (misbrug af dominerende stilling). Hermed skulle man tro, at sagen var slut. Men nej! MD indbragte afgørelsen for KA, der stadfæstede, at bonusaftalen udgjorde et misbrug af dominerende stilling, men hjemviste afgørelsen f.s.v.a. påstanden om overtrædelse af § 6 til KR med

den begrundelse, at der ikke var anført fornøden begrundelse for at anse aftalen som stridende mod § 6.1. Kendelsen er overraskende, ikke blot fordi den var uden retlig virkning (aftalen var ændret), men nok så meget fordi et forhold udmærket kan være omfattet af såvel § 6 som § 11,¹⁷ og der da vist næppe kan være tvivl om, at aftalen havde »til formål eller følge at begrænse konkurrencen«.

8. Kampen om mælken – politisk drama

Så er der mere substans i de to seneste konflikter, der begge vedrører markedet for øko-mælk – et marked, der lige som markedet for konventionel mælk er domineret af Arla (83 pct.), men som dog synes at rumme et lidt større potentiale for niche-konkurrence.

Ved fusionen mellem MD og Kløver Mælk forpligter MD sig til senest d. 25. oktober 1999 at ændre selskabets vedtægter, så udtræden kan ske med lovligt varsel senest d. 31. maj med virkning ved regnskabsårets udløb (d. 30. september), dvs. med en binding fra 4 til 16 måneder, mod hidtil 12 til 24 måneder. Der sondres i aftalen ikke mellem konventionel mælk og øko-mælk.

Efterfølgende gør Arla imidlertid gældende, at det nedsatte udmeldelsesvarsel alene vedrører konventionel mælk og fremlægger forslag om, at den aftalte vedtægtsændring udvides med en passus ifølge hvilken, vedtægtsbestemmelsen ikke er til hinder for, at andelshavere, der leverer økologisk mælk til selskabet, indgår kontrakter, der indeholder et længere opsigelsesvarsel. I henhold til kontrakten (aftalen), der indgås med hver enkelt øko-producent, kan begge parter opsiges aftalen med 13 måneders varsel med virkning fra d. 1. oktober. Dvs. bindingsperioden er for øko-producenterne fra 13 til 25 måneder. MD argumenterer med, at et varsel på 13 måneder ikke har til formål eller følge at begrænse konkurrencen, at et kortere varsel vil forhindre selskabet i at eksportere, idet selskabet vil kunne indgå længerevarende

aftaler med udenlandske detailhandelskæder, hvis der ikke er sikkerhed for, at de økologiske mælkeleverancer er til stede, og at de økologiske leverandører ikke har ønsket opsigelsesvarslet nedsat, da de ønsker sikkerhed for afsætningen.

Ved afgørelse af 2001-11-28 meddeler KR Arla, at bestemmelse om bindingsperioden er omfattet af forbudet i § 6 mod konkurrencebegrænsende aftaler, og at betingelserne for fritagelse efter § 8 ikke er opfyldt. Påbudet om at ophæve denne bestemmelse gælder alene den frist, økologerne har for at udtræde af Arla. Der er ikke grund til at kræve den frist, som Arla skal give økologerne, forkortet. KR lægger til grund, at den lange bindingsperiode begrænser økologernes mulighed for at træde ud af MD Foods og kontrahere 100% med en anden aftager, at den gør det vanskeligt for nye produktionsvirksomheder, der er afhængige af økologisk mælk, at få fodfæste, og at MD's henvisning til potentielle ordrer ikke kan tillægges vægt. Der er et meget stort overskud af økomælk (65% sælges eller forarbejdes til væsentlig billigere konventionelle produkter), en sådan opgave vil normalt indeholde en opbygningsperiode, og det vil i løbet af denne være muligt at øge udbuddet gennem økonomisk præmiering som i ethvert andet velfungerende marked. Faktisk eksporteres kun en meget lille del af de økologiske produkter. Endvidere henviser KR til bkg. nr. 1029, ifølge hvilken bindingsperioden skal være væsentlig kortere end 2 år, hvis andelsselskabet har en dominerende stilling.

Afgørelsen indbringes for KA, der »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 oplysninger om konsekvenserne af ikke-levering i strid med opsigelsesvarslet – finder (...) at der ikke i den påklagede afgørelse er frem-

ført fornødent faktisk belæg for en sådan mærkbar negativ konkurrenceindvirkning af opsigelsesbestemmelsen, at den er i strid med KL § 6« (kendelse af 2003-01-09).

Allerede fra 1. august 2001, altså lang tid forinden MD/Arla procederede ovenstående sag på behovet for sikkerhed for leverance af tilstrækkelige mængder af øko-mælk til at kunne tilfredsstille en potentiel mega-kunde, indfører Arla stop for nye leverandører af økologisk mælk.

Det ramte tre mælkeproducenter, der havde været medstiftere af det lille mejeri Øko-Mælk. D. 1. oktober 2001 gik mejeriets dominerende kunde, Dansk Supermarked, over til at købe den økologiske mælk hos Arla, og ØkoMælk kom i økonomiske vanskeligheder. På den baggrund ønsker de tre leverandører at skifte til Arla. (ØkoMælk blev siden overtaget af Arla og producerede fortsat økomælk for Arla under ØkoMælk navnet indtil udgangen af 2003). Arla accepterer deres optagelse som andelshavere (jf. forpligtelsen i henhold til tilsagn givet i forbindelse med MD-Kløver fusionen), men vil ikke optage dem som øko-producenter, og gør medlemskab betinget af en indbetaling af andelskapital (en såkaldt »negativ-udligning«) på 2 pct. af basisprisen for mælk i tre år, i alt omkring kr. 90.000 for hver af de tre tidligere ØkoMælk leverandører.

De tre tidligere ØkoMælk leverandører klager til KR.

KR finder, at afslaget på at optage dem som øko-producenter er sagligt begrundet. KRs accept af Arlas afslag er ikke uproblematisk. Det er vanskeligt at se, hvorfor Arlas tilsagn om som dominerende virksomhed at optage mælkeproducenter på lige vilkår ikke skulle gælde producenter af øko-mælk. Det forhold, at der er et overskudsudbud af mælk, er ikke en rimelig begrundelse. Overskudsudbuddet er en konsekvens af, at Arla (mis?)bruger sin

dominerende stilling til at krydssubsidiere øko-mælk, at prisen derfor er højere og udbuddet større end i et marked med virksom konkurrence.

Derimod stod KR fast på, at kravet om negativ udligning udgør et misbrug af dominerende stilling, for så vidt det opkrævede beløb overstiger en rimelig dækning af de ved optagelsen forbundne omkostninger eller modsvares af en ret til udbetaling ved udtræden, hvorfor Arlas påbydes 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 (afgørelse af 2002-08-28).

Ifølge Arla skal den omtvistede negativ-udligning ses som en (beskeden) modydelse for, at medlemskab af Arla giver adgang til og medejerskab af store værdier, som er skabt af eksisterende andelshavere, og at de nuværende andelshaveres ejendomsret og indflydelse udvandes ved, at der optages nye andelshavere i Arla. Hertil er at bemærke, at der ikke er symmetri, idet Arla (i modsætning til fx Danish Crown, DLG og Elbodan) ikke udbetaler medlemmernes andelskapital ved udtræden. Som følge af denne asymmetri og det markante fald i antallet af andelshavere over de seneste årtier er de tilbageblevne andelshaveres ejendomsret og indflydelse øget »ufortjent«. Et krav om negativ-udligning uden modsvarende udbetalingsret ville ikke kunne fastholdes i et marked med virksom konkurrence. Konkurrencen mellem mejerierne for at tiltrække sig nye leverandører ville konkurrere betalingen ned til omkostningerne ved at optage yderligere en andelshaver¹⁸.

Arlas gældende bestemmelser om negativ-udligning er da også indført så sent som februar 2002, dvs. efter fusionen mellem MD og Kløver Mælk, hvorved MD med en markedsandel på 91 pct. blev eneste aftager af mælk i store dele af landet. Der skal ikke betales ne-

gativ-udligning, hvis en andelshaver udvider sin produktion. Der skal heller ikke betales negativ-udligning i tilfælde af kollektiv optagelse af en gruppe producenter eller hvis mælkeproducenten er nyetableret, hvorved forstås en landmand, som nyerehverver en ejendom eller bedrift, der ikke har været tilmeldt Arla Foods¹⁹. Det samlede bidrag til Arlas konsolidering gennem negativ-udligning fra de relativt meget få individuelt optagne nye andelshavere er således helt marginalt og helt uden betydning for opretholdelse af en tilfredsstillende drift i selskabet, jf. bkg. nr. 1029.

Ud fra en elementær industriøkonomisk betragtning skulle problemstillingen være åbenlys: En asymmetri mellem et krav om indbetaling af kapital ved indmeldelse og en ret til udbetaling ved udtræden er objektivt set en barriere for nye konkurrenters indtrængen på markedet på linje med lange bindingsperioder. Et sådant krav er kun muligt i et marked uden virksom konkurrence. I tilfældet Arla er kravet udformet på en sådan måde, at det kun rammer individuelle mælkeproducenter, der tidligere har leveret til et andet mejeri, hvilket – givet Arlas dominans – i praksis ofte vil være en tidligere andelshaver hos Arla, som har villet prøve lykken som leverandør ved et niche-mejeri, som i sidste ende af den ene eller anden årsag ikke har kunnet klare sig i konkurrencen. Negativ udligning fra disse relativt få markedssøgere er uden praktisk betydning for Arlas konsolidering og tilfredsstillende drift. Det er derfor svært at se, at kravet kan have noget andet objektivt formål end at udgøre en barriere for den potentielle konkurrence og dermed en overtrædelse af KL § 6 (konkurrencebegrænsende interne aftaler (vedtægter), der går videre end nødvendigt for andelsselskabets tilfredsstillende drift) og § 11 (forbuddet mod misbrug af dominerende stilling).

KRs afgørelse indankes for KA.

KA indleder sin kendelse af 2003-11-04 med en gennemgang af generelle andelsretslige

principper, på grundlag af hvilke nævnet konkluderer, at der »intet er til hinder for at opstille økonomiske krav, herunder krav om betaling af indskud og lignende som betingelse for medlemskab«, og at »et udtrædende medlem ikke har krav på at få udbetalt nogen del af selskabets formue med mindre, dette er hjemlet i vedtægterne«. Det er faktisk heller ikke bestridt. De to omhandlede vedtægtsbestemmelser er uproblematisk fra en konkurrenceretlig betragtning, for så vidt der er virksom konkurrence på det omhandlede marked. Problemet opstår eksakt der, hvor en stærkt dominerende virksomhed som Arla kombinerer de to regler og derved skaber en barriere for nye virksomheders indtrængen på markedet. Der skal, som tidligere fremhævet af KA, foretages en konkret vurdering af det samlede regelsæt.

Endvidere anfører KA, at der ikke i den påklagede afgørelse er foretaget en bedømmelse af Arlas eller MDs vedtægter, herunder vilkårene for udtræden, eller af den foreliggende indskudsordning i henhold til bkg. nr. 1029 eller i henhold til KL § 6. Det er ikke helt klart, hvad KA sigter til, men hvis kritikken går på, at forholdet er omfattet ikke blot af § 11 (som procederet af KS) men også af § 6, kan vi kun være enige. Arlas vedtægter er konkurrencebegrænsende og ikke omfattet af undtagelsen i bkg. nr. 1029, da de har mærkbare virkninger for andre end medlemmerne og andelsvirksomheden.

Endelig konstaterer KA, at der ikke i KRs notat er en beskrivelse og analyse af de faktuelle forhold, som giver grundlag for at fastslå, at der foreligger en overtrædelse af forbudet mod misbrug af dominerende stilling i KL § 11.1. Også den kritik er svær at følge. Det er KRs klart udtalte vurdering, at størrelsen af Arlas krav om negativ udligning ved indtræden uden modsvarende udbetaling ved udtræden i forbindelse med selskabets ubestridt dominerende stilling udgør en barriere for den potentielle konkurrence. Et krav

om »faktuelt« belæg for, hvor meget det hæmmer den potentielle konkurrence, er kun opfyldeligt, hvis man tyr til økonomiske modeller og argumenter. Spørgsmålet er jo, hvad den relevante *counterfactual* er, som man skal sammenligne den aktuelle situation med – og det er et klart industriøkonomisk problem. Hvad ville der ske, dersom den asymmetriske negativudligning blev ophævet? KR har vurderet, at den asymmetriske negativudligning hæmmer den potentielle konkurrence. Her må KA tage KR's vurdering til følge – eller i det mindste forklare, hvilke økonomiske argumenter og data der ville være tilstrækkelige til at overbevise KA.

KA har ikke en så ydmyg holdning over for det sagkyndige KR's vurdering. I stedet – og ikke overraskende i lyset af KAs tidligere kendelse – ophæver det KR's afgørelse med den konkluderende, fejende bemærkning, at det »ikke finder 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 faktuellyt oplyst i sagen, at indebære misbrug af dominerende stilling i strid med KL § 11, stk. 1.«

9. Konklusion

KAs omstødelse af KR's beslutninger har givet anledning til en storm af forargelse i medierne og et krav fra både oppositions- og regeringspartier om lovindgreb, der effektivt sætter stop for, at dominerende andelsvirksomheder kan tryne de små producenter og skabe barrierer for konkurrencen. Mediestormen har betydet, at Arla har ændret adfærd og en række af de krav, som KR stillede, er uden videre blevet opfyldt. Overordnet set har medierne således vist sig at være bedre til at disciplinere virksomhederne end KL og dens institutioner.

KL er i vores vurdering rummelig nok til at håndtere sager vedrørende dominerende an-

delsselskaber. Uden for andelssektoren foretager konkurrencemyndighederne dagligt afvejninger af virksomheders erhvervsfrihed over for mulige negative effekter på konkurrencen af aftaler og dominerende virksomheders adfærd. Dette er det normale *rule of reason*. Der gælder et andet regelsæt for dominerende virksomheder end for ikke-dominerende andelsvirksomheder. Det er ikke anderledes for andelselskaber end for andre virksomheder.

Hvis den politiske dynamik tilsiger en præcisering i forhold til andelssektoren, er det nærliggende at opdatere bkg. nr. 1029, så det gøres klart, at den begrænsning af andelshavernes mobilitet, som følger af bindingsperioden ikke må styrkes ved urimelige asymmetriske vilkår for optagelse og udtræden. Konkret vil vi foreslå følgende formulering:²⁰

»Et andelsselskab kan gøre optagelse betinget af, at medlemmet indbetaler et bidrag til selskabets andelskapital. Bidraget kan dog aldrig overstige en forholdsmæssig andel af selskabets samlede andelskapital. Ved udtræden udbetales bidraget tillagt eventuel individuel andelskapital, som er opbygget i medlemskabsperioden. Udbetalingen foregår ratevis over en periode på højst fem år. I tilfælde af, at andelsselskabet har en dominerende stilling, skal udbetalingen foretages væsentligt hurtigere.«

Da det politiske krav om en opstramning i forhold til de store andelsselskaber er affødt af KAs gentagne desavouering af KR's beslutninger og økonomiske vurderinger, skal vi som alternativ til en opstramning af bkg. 1029 foreslå, at det i enten KL eller KA-bekendtgørelsen præciseres, at KAs funktion er at påse, at KR's afgørelser har det fornødne hjemmel i KL, og at KA ikke kan tilsidesætte KR's sagkyndige vurderinger. En sådan præcisering ville lovfæste den rimelige praksis, som KA fulgte frem til 1997.

Noter

1. Vi takker stud.merc.(jur.) Grith Ølykke for forskningsassistance og prof. Jerker Nilsson for råd og litteraturvejledning.
2. Se Blomgren-Hansen & Møllgaard (2004) for en oversigt og en diskussion af udviklingen i konkurrencepolitikens fundament.
3. Den første konkurrencelovgivning – den amerikanske *Sherman Act* fra 1890 – blev til på foranledning af sammenslutninger af landmænd, som brokkede sig over høje fragtpreiser på tog og høje priser på inputs fra industrien (Furse, 1996, s. 254). Monopolisering og karteldannelse blev følgelig gjort forbudt.
4. Friholdte er konkurrencebegrænsninger, der er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering (§ 2), løn- og arbejdsforhold (§ 3), konkurrencebegrænsende aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, der er meddelt fritagelse efter EF-traktaten eller opfylder betingelserne i forordning om fritagelse eller undtagelse af visse kategorier af aftaler mv. (§ 4), aftaler, vedtagelser og samordnet praksis inden for samme virksomhed eller koncern (§ 5) og konkurrencebegrænsende aftaler mv., der falder ind under den såkaldte bagatelgrænse (§ 7).
5. Kun for så vidt angår indkomstbeskatningen sondres der mellem andelsselskaber og andre virksomhedsformer. For andelsselskaber opgøres den skattepligtige indkomst som 4 pct. af foreningens formue ved indkomstårets udgang opgjort efter nærmere angivne regler (Lov nr. 736 af 28. august 2002). Men denne forskel kan næppe tillægges nogen væsentlig betydning i et konkurrencepolitisk perspektiv.
6. Det er en anden udbredt misforståelse, at landbrugets andelsselskaber skulle være undtaget i henhold til EF-traktaten Art. 39 (tidl. 42) og den derpå byggende Rådsforordning 26/62. Imidlertid gælder undtagelsen alene, hvis aftalen udgør en integreret del af en national markedsordning, er nødvendig for at nå målene for den fælles landbrugspolitik, og vedrører produkter, der er opført i bilag II til forordningen. Den er i dag uden den store praktiske betydning, idet nationale ordninger som hovedregel er afviklet, og hvis de søges fortsat, skal respektere principperne i Traktaten, herunder konkurrencereglerne.
7. Sexton og Lavoie (2001) opsummerer den empiriske litteratur om markedsmagt indenfor landbrugsprodukter. Som hovedregel er der en positiv korrelation mellem koncentration og outputpriser og en negativ korrelation mellem koncentration og inputpriser. Der er dog adskillige metoder til at undersøge problemer med disse studier, jf. også Møllgaard (1998).
8. Sexton (1986a) viser, at under visse forudsætninger (fx at der skal være tale om homogene varer) kan kooperationsformen føre til mere konkurrence end aktieselskabsformen. Se Sexton (1986b) for en grundmodel for, hvorfor landmænd (*upstream*) har et incitament til *downstream* kooperation. Nilsson & Björklund (2003, p. 115) giver en oversigt over litteraturen.
9. I figur 1 er priserne på råmælk, drømmælk og smør/ost opgjort minus omkostninger til forarbejdning mv. Under fuldkommen konkurrence vil prisen på mælk til hjemmemarkedet være den samme som på verdensmarkedet, P^W . Ved denne pris vil producenterne ønske at producere $Q_1 + Q_2$. Heraf afsættes Q_1 på hjemmemarkedet og Q_2 på eksportmarkedet. Monopoliseres hjemmemarkedet, vil monopolisten hæve prisen til P^M , hvorved salget til hjemmemarkedet falder til Q_1^M . Det gælder uanset om monopolisten er organiseret som aktieselskab eller andelsselskab. Forskellen på de to organisationsformer beror på, at aktieselskabet vil afregne til verdensmarkedsprisen, P^W (og beholde merfortjenesten på hjemmemarkedet, $A+B$), mens andelsselskabet vil udlodde merfortjenesten til andelshaverne og afregne til gennemsnitsprisen $Gns.P.$ ($B+D+E+F=A+B$). Ved den højere afregningspris vil andelshaverne udvide produktionen med $Q_2^{MCoop} - Q_2^M$. Denne produktionsudvidelse er forbundet med velfærdstab F , da grænseomkostningerne overstiger mælkens samfundsøkonomiske værdi ($=P^W$).
10. Hedberg (2000, 2002) har analyseret om svenske mejerier har misbrugt deres markedsmagt på denne måde. Hun konkluderer, at for Sverige er der forskelle i *price-cost* margin for forskellige produkter, men de er ikke store. Hun kan ikke udelukke, at disse forskelle er afledt af statslige indgreb i priserne.
11. Zhang & Sexton (2000) viser, at eksklusivitets-klausuler mellem landmænd og mejerier (*captive supplies*) kan bruges til at reducere konkurrencen og manipulere med prisen, men at de ikke altid vil udgøre en effektiv adgangsbarriere. Innes & Sexton (1994) viser ligeledes at eksklusivkontrakter med en strategisk køber kan have både pro- og anti-kompetitive effekter.

12. Afgørelsen blev truffet efter KL 1990. Anmeldelsespligt var efter KL 1990 en nødvendig betingelse for et evt. efterfølgende indgreb.
13. Efter KL 1998.
14. Se Agrell & Karantininis (1999) for en gennemgang af historikken, motiverne og effekterne af fusionen mellem MD Foods og Kløvermælk.
15. Se Agrell & Karantininis (2003) for en økonomisk analyse af, hvorfor Kløver i anden omgang gav op over for MDs overtagelsesforsøg, efter i første runde at have afvist det klart.
16. Man kan naturligvis være betænkelig ved, at mejeriselskaberne foretrækker behandling af de nationale myndigheder, selv om disse ikke har direkte hjemmel til det, frem for behandling ved EU-Kommissionen, som klart har denne hjemmel. Det kunne tyde på, at de forventer en mere fordelagtig behandling hjemme end ude.
17. Fejø (1997), s. 100.
18. Det illustreres af situationen i forbindelse med MDs køb af et anlæg fra det privat ejede The Borden Company. MD forlangte 10 øre i negativ udligning for optagelse af de hidtidige Borden-leverandører. Kravet bevirkede, at langt de fleste gik andre steder hen. Efter 10 dage tilbød MD Borden-leverandørerne optagelse uden betaling af negativ udligning.
19. Arla frafaldt bestemmelsen om nyetablerede producenters indbetaling af negativ udligning efter at KS havde kritiseret reglen for at være diskriminerende.
20. I Sverige giver Konkurrencens § 8 mulighed for at give fritagelse for §6. I § 18.c angives en detaljeret liste over de betingelser, som gælder specifikt for andelsselskaber. Den vigtigste betingelse er ifølge Nilsson (2003, p. 116) kravet om fri mobilitet for medlemmerne. Andelsselskaberne forhindres således i at begrænse medlemmernes ind- og udtrædelsesmuligheder.

Litteratur

Agrell, P.J. & K. Karantininis (1999) »Cooperatives' merger strategies: The MD Foods – Kløver Mælk case« *mimeo* Den Kgl. Veterinær- og Landbohøjskole.

- Agrell, P.J. & K. Karantininis (2003) »Cooperative supply chains in peace and at war« *mimeo* Den Kgl. Veterinær- og Landbohøjskole.
- Blomgren-Hansen, N. (1998) »Formålsbestemmers værdi som fortolkningsvejledning: En analyse af KL § 1«, *Juristen* nr. 1: 31-43.
- Blomgren-Hansen, N. & P. Møllgaard (2004) »Friemarkedskræfter, regulering og markedsmagt«, *Samfundsøkonomen* nr. 2.
- Fejø, Jens (1997) »Konkurrenceloven af 1997 med kommentarer«, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Furse, M. (1996) »The Role of competition policy: a survey«, *European Competition Law Review* 17: 250-258.
- Hedberg, A. (2000) »Market power in the dairy sector and structural effects of government intervention – Swedish dairy cooperatives« *Paper presented at the XXIV IAAE Conference in Berlin*.
- Hedberg, A. (2002) *Essays on farmer behaviour: cooperative performance and farm risk exposure*. Dissertation 320, Sveriges Landbruksuniversitet, Uppsala.
- Innes, R. & R.J. Sexton (2001) »Strategic buyers and exclusionary contracts« *American Economic Review* 84(3): 566-584.
- Møllgaard, H.P. (1998) »Markedsmagt«, *National-økonomisk Tidsskrift* 136: 350-369.
- Nilsson, J. & T. Björklund (2003) *Kan kooperationen klara konkurrencen? – om marknadsorientering i livsmedelssektorn*, Sveriges Landbruksuniversitet, Uppsala.
- Sexton, R.J. (1986a) »The formation of cooperatives: A game-theoretic approach with implications for cooperative finance, decision making, and stability« *American Journal of Agricultural Economics* 68: 423-433.
- Sexton, R.J. (1986b) »Cooperatives and the forces shaping agricultural marketing« *American Journal of Agricultural Economics* 68: 1167-1172.
- Sexton, R.J. & N. Lavoie (2001) »Food processing and distribution: An industrial organization approach« in Gardner, B. & G. Rausser (eds.) *Handbook of Agricultural Economics*, vol. 1, ch. 15, 863-932.
- Zhang, M. & R.J. Sexton (2000) »Captive supplies and the cash market price: A spatial markets approach« *Journal of Agricultural and Resource Economics* 25(1): 88-108.