

Sökande

AA	590 62 LINGHEM
BB	582 58 LINKÖPING
CC	582 23 LINKÖPING

Ombud: advokaten DD och jur. kand. EE
Advokatfirman Delphi & Co, Box 1432, 111 84 STOCKHOLM

Övrig avtalspart

Gimranäs AB, org. nr 556195-5138, Hudene Norra 3, 524 92 HERRLJUNGA

Ombud: advokaten FF 269 92 BÅSTAD

Saken

Ansökan om icke-ingripandebesked enligt 20 § konkurrenslagen (1993:20) och anmälan för undantag enligt 8 § samma lag för avtal om överlåtelse av aktier samt däri intagen konkurrensklausul

Beslut

Konkurrensverket avslår ansökan om icke-ingripandebesked och beviljar inte undantag.

Ansökan/Anmälan

1. [REDACTED] (Möllers) har i första hand ansökt om icke-ingripandebesked enligt 20 § konkurrenslagen (1993:20), KL, för avtal om överlåtelse av aktier daterat den tredje januari år 2000 samt däri intagen konkurrensklausul. I andra hand har aktuellt avtal anmälts för undantag enligt 8 § samma lag.
2. Anmälan var fullständig den första oktober år 2003. Beslut om invändning enligt 13 § andra stycket KL fattades den 22 januari 2004.

Parterna

3. [REDACTED] sålde år 2000 sitt privata aktiebolag Swedfarm. De behöll dock firmanamnet och de bedriver i dag närliggande näringsverksamhet under namnet Swedfarm. Swedfarms verksamhet består i försäljning av produktionsanläggningar för äggproduktion, slaktskyckling och kalkon.
4. Gimranäs är ett privat aktiebolag ägt av [REDACTED] Gimranäs verksamhet består huvudsakligen i produktion och försäljning av daggamla kycklingar av värphönsras i Sverige och avelsågg av värphönsras i Danmark. Gimranäs försäljer även produktionsanläggningar för äggproduktion och bedriver uppfödning av djur för äggproduktion, egen äggproduktion och jordbruk.

Bakgrund

Branschförhållanden

5. I Sverige kläcks knappt 5 miljoner ägg av ägghönsras per år till ett värde av ca 45 miljoner kronor¹. År 1999 hade Swedfarm ca 40 procent av den svenska marknaden för uppfödning och försäljning av daggamla livkycklingar för äggproduktion. Gimranäs hade vid samma tidpunkt ca 60 procent av denna marknad. Efter förvärvet av Swedfarm saknade således Gimranäs konkurrenter på marknaden för uppfödning och försäljning av daggamla livkycklingar för äggproduktion.
6. I samband med att Möllers bolag förvärvades av Gimranäs inträdde år 2000 en ny aktör, Swedegg, på marknaden för uppfödning och försäljning av daggamla liv-

¹ Uppskattning utifrån kläckningsstatistik och pris på daggamla kycklingar till uppfödare samt uppgifter från parterna. År 1999 kläcktes 4,6 miljoner kycklingar till ett uppskattat värde om knappt 40 miljoner kronor och år 2003 kläcktes 5,0 miljoner kycklingar till ett uppskattat värde om 45 miljoner kronor.

kycklingar för äggproduktion. År 2003 hade Gimranäs, på nämnda marknad, en marknadsandel på ca 70 procent och Swedegg en marknadsandel på ca 30 procent. Både Gimranäs och Swedegg är vertikalt integrerade nedströms genom att de föder upp 16 veckors värphöns. Gimranäs har en marknadsandel på ca 50 procent på marknaden för 16 veckors värphöns, medan Swedegg har en marknadsandel på ca 10 procent. Det finns ytterligare ett 30-tal företag som föder upp 16 veckors värphöns.

Förfarandet

7. Den tredje januari år 2000 sålde Möllers samtliga aktier i det av dem helägda bolaget Swedfarm AB (Bolaget) till Gimranäs AB. Säljarna behöll bolagsnamnet för annan verksamhet och Bolaget bytte namn. Bolaget bedrev liksom Gimranäs huvudsakligen uppfödning och försäljning av daggamla livkycklingar för äggproduktion samt försäljning av fjäderfäutrustning. Då Gimranäs och Bolaget var verksamma på samma marknad övergick ingen know-how i överlåtelsen. Avtalet innehöll en konkurrensklausul med följande lydelse.
8. "Säljarna garanterar att dessa under sin verksamhet tid själva eller via annan person eller bolag där dessa är ägare eller delägare inte kommer att bedriva med Köparen konkurrerande verksamhet beträffande produktion och/eller försäljning av daggamla kycklingar eller avelsågg av värphönsras i Sverige eller övriga europeiska länder utöver vad som framgår av Köparens samarbetsavtal med LK Fastigheter AB.
9. Parterna är överens om att avel, kläckning och uppfödning av slaktkycklingar (broilers) ej utgör konkurrerande verksamhet.
10. Vid brott mot ovan angivna konkurrensförbud skall Säljaren till Köparen utge ett vite om trettio miljoner (30 000 000) kronor.
11. Säljarna förbinder sig att medverka till att separata avtal upprättas med nuvarande anställda och samtidigt närstående till Bolaget med innebörd att konkurrensförbudet inklusive vitessanktionen träffar även dessa."

Rättslig bedömning

Icke-ingripandebesked

12. KL innehåller två förbud. Enligt 6 § KL är avtal mellan företag förbjudna om de har till syfte att hindra begränsa eller snedvrider konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt eller om de ger ett sådant resultat. I 19 § KL föreskrivs förbud mot missbruk av en dominerande ställning på den svenska marknaden. Konkurrensverket får enligt 20 § KL, efter ansökan av ett företag, förklara att ett avtal

eller förfarande inte omfattas av förbuden i 6 eller 19 § KL och att det därför inte finns anledning för verket att ingripa enligt KL, s.k. icke-ingripandebesked.

Avtal

13. För att förbudet i 6 § KL skall vara tillämpligt krävs att det är fråga om ett avtal mellan företag, beslut av en sammanslutning av företag eller ett samordnat förfarande av företag som har till syfte att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt eller ger ett sådant resultat.
14. Begreppet företag skall enligt förarbetena till KL (prop. 1992/93:56) ha samma innebörd som "undertaking" inom EG-rätten. Begreppet skall alltså tolkas vidsträckt och i princip omfatta varje juridisk eller fysisk person som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur. Detta kommer också till uttryck i 3 § KL. Exempel på fysiska personer som inom EG-rätten ansetts kunna utgöra företag är personer som sålt sin affärsrörelse men som trots försäljningen kvarstår som ett "potentiellt företag".²
15. Med hänsyn till vad som framkommit angående den överlåtna verksamhetens art och omfattning samt omständigheterna i övrigt får säljarna, Peter, Robert och Sofia Möller, enligt Konkurrensverkets bedömning anses besitta sådana kunskaper och erfarenheter att de - om konkurrensklausulen inte fanns - skulle kunna starta ett företag och börja konkurrera med Gimranäs. Konkurrensverket gör därför bedömningen att Peter, Robert och Sofia Möller i detta sammanhang är att betrakta som företag i KL:s mening och att lagen därmed är tillämplig.
16. Ansökan/anmälan omfattar ett avtal om överlåtelse av aktier daterat den tredje januari år 2000 samt däri intagen konkurrensklausul. Aktieöverlåtelseavtalet och den däri intagna konkurrensklausulen får således betraktas som ett avtal mellan företag i KL:s mening. Avtalskriteriet i 6 § KL är därmed uppfyllt.

Konkurrensbegränsning

17. Konkurrensklausuler är en typ av konkurrensbegränsning som kan vara förbjuden enligt 6 § KL. Sådana klausuler hindrar potentiell konkurrens. Begränsningar som avtalats mellan parterna i ett företagsförvärv och som inskränker deras handelsfrihet på marknaden omfattas emellertid i allmänhet inte av förbudet i 6 § om de har ett direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av förvärvet. Sådana begränsningar har oftast inte en tillräckligt märkbar effekt. Detta är fallet även om de avtalade begränsningarna i och för sig är konkurrensbegrän-

² Kommissionens beslut i Reuter/BASF AG, EGT nr L 254, 17.9.1976, s.40.

sande och skulle ha kommit att bedömas annorlunda om de prövats för sig eller i ett annat ekonomiskt sammanhang och inte mot bakgrund av ett företagsförvärv. Huruvida en mellan parterna avtalad begränsning kan anses ha ett direkt samband med och vara nödvändig för genomförandet av ett förvärv måste avgöras utifrån förutsättningarna i det enskilda fallet. Faktorer som härvid tillmäts betydelse är bl.a. begränsningens giltighetstid, geografiskt tillämpningsområde samt dess materiella innehåll i övrigt.

18. Avtalet innehåller som återgivits ovan en konkurrensklausul.
19. Konkurrensklausuler som är objektivt nödvändiga för genomförandet av ett avtal har av EG-domstolen ansetts falla utanför förbudet i artikel 85.1 i Romfördraget. I bl.a. målet Remia/Nutricia³ slog EG-domstolen fast att konkurrensklausuler är en naturlig del av förvärvsavtal och faller utanför förbudet i 85.1 om klausulens materiella omfattning, geografiska tillämpningsområde och giltighetstid är nödvändig för att garantera värdet av de överförda tillgångarna.
20. På motsvarande sätt har MD i Norsk Hydro ansett att en konkurrensklausul faller utanför förbudet i 6 § om den beträffande giltighetstid, geografiskt tillämpningsområde och materiell omfattning har ett direkt samband med och är nödvändig för att ett företagsförvärv ska kunna genomföras⁴.
21. Konkurrensklausuler behandlas i europeiska kommissionens tillkännagivande om begränsningar som har direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av en koncentration.⁵ Av detta framgår att säljarna kan åta sig förpliktelser som binder både dem själva, deras dotterföretag och agenter, i vissa fall torde det även vara rimligt att nyckelpersoner anställda på företaget omfattas av en konkurrensklausul.
22. Den prövade konkurrensklausulen är något vag vad gäller vilka som omfattas av denna. Säljarna förbinder sig att medverka till att separata avtal upprättas med nuvarande anställda och samtidigt närstående till bolaget i syfte att även dessa skall träffas av konkurrensförbudet. Möllers har dock förklarat att skrivningen endast avser syskonens far som i enlighet med klausulen skrivit på motsvarande

³ Mål 42/84 Remia/Nutricia, REG 1985, s.2545.

⁴ Norsk Hydro, MD 1996:33

⁵ EGT nr C188, 4.7.2001, s. 5.

förbindelse som syskonen. Fadern var anställd i bolaget och torde haft samma möjligheter som syskonen att starta konkurrerande verksamhet med kunskap om och insyn i förvärvsobjektets verksamhet. Att konkurrensklausulen även omfattar fadern torde därför vara nödvändigt för att säkra överföringen av förvärvsobjektets fulla värde.

23. Av tillkännagivandet framgår vidare att en varaktighet på tre år anses som rimlig när överlåtelsen omfattar både goodwill och know-how medan två år anses som rimligt när överlåtelsen endast omfattar goodwill. Den här prövade konkurrensklausulen är, på grund av att den är utan begränsning i tiden avseende berörda personer, alltför långtgående för att kunna falla utanför förbudet i 6 § KL.
24. Konkurrensklausulen, som direkt hindrar Säljarna att konkurrera med Gimranäs, är således alltför omfattande i tiden för att kunna vara accessorisk till förvärvet, varför den faller in under förbudsområdet i 6 § KL.

Relevant marknad

25. För att ett konkurrensbegränsande avtal skall omfattas av förbudet i 6 § KL skall det hindra, begränsa eller snedvrider konkurrensen på ett märkbart sätt, dvs. ha ekonomiska verkningar av någon betydelse. Vid denna bedömning har företagets marknadsandel på den relevanta marknaden betydelse.
26. Den relevanta marknaden avgränsas genom att man bestämmer dels en produktmarknad, dels en geografisk marknad. Den relevanta produktmarknaden omfattar de produkter som köparna anser vara utbytbara, dvs. sådana produkter som på grund av pris, funktion och egenskaper i övrigt kan tillfredställa samma behov hos köparen. Den relevanta geografiska marknaden omfattar det område inom vilket företagen tillhandahåller de relevanta produkterna och tjänsterna, inom vilket konkurrensvillkoren är tillräckligt likartade och som kan skiljas från angränsande geografiska områden framförallt på grund av väsentliga skillnader i konkurrensvillkoren.
27. Avelsägg för värphöns utgör befruktade ägg som efter kläckning skall användas för äggproduktion. Daggamla kycklingar uppkommer när dessa ägg har kläckts och kycklingen är något dygn gammal. Avelsägg och daggamla kycklingar av värphönsras fyller samma behov hos köparen och de tillhör därför samma produktmarknad.
28. De avelsägg respektive daggamla kycklingar som omfattas av det aktuella avtalet används endast till höns för äggproduktion. Det är inte möjligt att använda dessa som slaktkycklingar. De aktuella avelsäggen används inte regelmässigt för konsumtion och de utgör därför en annan marknad än ägg för konsumtion.

Daggamla kycklingar och avelsägg för äggproduktion tillhör därför en avgränsad marknad i förhållande till de marknader som rör äggproduktion samt produktion av slaktkycklingar.

29. Relevant produktmarknad är produktion och försäljning av avelsägg och daggamla kycklingar för äggproduktion.
30. Både Gimranäs och Swedfarm/Bolaget var vid tidpunkten för överlåtelsen nästan uteslutande verksamma på den svenska marknaden. Till en mindre del bedrevs handel på den danska marknaden. Daggamla kycklingar kan klara sig i två dygn utan mat och vatten varför det teoretiskt är möjligt att transportera dem en längre sträcka. Detta är dock ovanligt eftersom kostnaderna för dessa transporter är höga.
31. På grund av salmonellarisken blir både daggamla kycklingar och avelsägg föremål för karantän enligt svenska regler innan de tillåts komma in på den svenska marknaden. Salmonellagarantierna finns inskrivna i Sveriges anslutningsfördrag till Europeiska unionen.⁶ Kostnaden för att importera bruksdjur blir därmed hög och det sker därför ingen import av daggamla kycklingar och avelsägg för produktion av värphöns till Sverige.⁷
32. Eftersom avtalsparterna hade verksamhet i hela Sverige eller i vart fall i de delar av Sverige där avtalsprodukterna efterfrågas, är den relevanta geografiska marknaden Sverige.

Märkbarhet

33. Av ansökan/anmälan framgår att Gimranäs och Swedfarm saknade konkurrenter på marknaden för avelsägg och daggamla kycklingar för äggproduktion i Sverige vid tidpunkten för avtalet. Parterna hade vid avtalstillfället marknadsandelar på ca 60 respektive ca 40 procent av relevant marknad. Den i överlåtelseavtalet ingående konkurrensklausulen begränsar därför konkurrensen på ett märkbart sätt.

Slutsats

34. Då konkurrensklausulen i ingivet avtal är märkbart konkurrensbegränsande omfattas denna av förbudet i 6 § KL. Ansökan om icke-ingripandebesked kan därför inte bifallas.

⁶ Källa: Jordbruksdepartementet

⁷ Källa: Statens Jordbruksverk och Svenska Ägg

Undantag

35. Enligt 8 § KL får Konkurrensverket i det särskilda fallet besluta om undantag för avtal som
1. bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande,
 2. tillförsäkrar konsumenterna en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås,
 3. bara ålägger de berörda företagen begränsningar som är nödvändiga för att uppnå målet i 1, och
 4. inte ger de berörda företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna i fråga.

Samtliga villkor skall vara uppfyllda för att undantag skall kunna beviljas.

Punkterna 1 och 2

36. För att undantag skall kunna beviljas måste vinsten av det konkurrensbegränsande samarbetet överväga de negativa effekter som samarbetet medför på konkurrensen och en skälig andel av denna vinst måste komma konsumenterna till del.
37. Det objektiva syftet med avtalet var att minska antalet aktörer på marknaden för avelssägg och daggamla kycklingar av värphönsras. Gimranäs, som hade ca 60 procent av relevant marknad före förvärvet, erhöll genom konkurrensklausulen en monopolställning på marknaden ifråga. Gimranäs uppger att konkurrensklausulen var en förutsättning för en nödvändig strukturomvandling i branschen och etablering av en tillräckligt stor enhet för att möjliggöra lönsam produktion i landet. Gimranäs uppger att branschen är enormt volymberoende och att en stor volym är en förutsättning för att kunna utveckla ett företag till en teknisk och kostnadseffektiv enhet, vilket kan resultera i lägre konsumentpriser på ägg.
38. Det är inte osannolikt att stor volym och därmed högt kapacitetsutnyttjande kan leda till sänkta produktionskostnader för Gimranäs. För att första punkten skall anses vara uppfylld krävs dock att den prövade konkurrensbegränsningen ger upphov till objektiva och konkreta fördelar för allmänheten som kan kompensera de nackdelar den ger för konkurrensen på marknaden. Några sådana fördelar har inte kunnat påvisas.
39. För att vinsterna av ett samarbete skall vidareföras till efterföljande led och i slutänden till konsumenterna krävs att det finns tillräckligt effektiv konkurrens kvar på marknaden från företag utanför den konkurrensbegränsning som är föremål för prövning. Den prövade konkurrensklausulen syftar till att begränsa konkurrensen på relevant marknad genom att hindra ett antal potentiella konkur-

renter från att starta med Gimranäs konkurrerande verksamhet. Det kan inte anses vara visat att det föreligger några incitament för Gimranäs att vidareföra eventuella vinster av sin dominerande ställning på relevant marknad till efterföljande led. Mycket talar för att Gimranäs är marknadsledande och prisledande på marknaden för avelsägg och daggamla kycklingar. I dag finns endast en konkurrent till Gimranäs på den relevanta marknaden. Denne är betydligt mindre och kan förutsättas anpassa sin prissättning efter Gimranäs prissättning.

40. Det finns heller ingenting som tyder på att Gimranäs avnämare, ca 30 återförsäljare och uppfödare av daggamla kycklingar till 16 veckors unghöns, skulle kunna sätta press på Gimranäs vad avser företagets prissättning. Gimranäs är dessutom en stark aktör i efterföljande led, uppfödning av daggamla kycklingar till 16 veckors unghöns, med en marknadsandel på ca 50 procent.
41. Konkurrensklausulen måste anses vara oproportionerlig i förhållande till vunna fördelar med densamma och det kan inte anses vara visat att eventuella vinster vidareförs till efterföljande led. Konkurrensverket finner mot denna bakgrund att villkoret i punkterna 1 och 2 i 8 § KL inte är uppfyllt.

Punkten 3

42. Aktuell konkurrensklausul binder ett antal potentiella konkurrenter på obegränsad, eller i vart fall mycket lång tid. Den är därför alltför långtgående i förhållande till de fördelar konkurrensbegränsningen kan medföra. Villkoret i punkten 3 är därför inte uppfyllt.

Punkten 4

43. Genom förvärvsavtalet köpte Gimranäs upp Swedfarm, sin ende konkurrent på marknaden för avelsägg och daggamla kycklingar av värphönsras. Konkurrensklausulen syftade till att förhindra att någon fysisk person med anknytning till Swedfarm skulle kunna starta konkurrerande verksamhet på relevant marknad. Ett annat konkurrerande företag har senare inträtt på marknaden och tagit en icke obetydlig marknadsandel. Även med beaktande av denna omständighet måste konkurrensklausulen anses ge Gimranäs möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av relevant marknad. Villkoret i punkten 4 är därför inte uppfyllt.

Slutsats

44. Då samtliga villkor enligt 8 § KL inte uppfyllts skall undantag från förbudet i 6 § KL inte beviljas.

Tillämpning av artikel 81 EG fördraget

45. Från och med den 1 maj 2004 är Konkurrensverket skyldigt att tillämpa artikel 81 EG fördraget på avtal och förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater. I sådana fall innebär skyldigheten att tillämpningen av nationella bestämmelser inte får avvika från motsvarande tillämpning av artikel 81.⁸
46. En förutsättning för att tillämpa artikel 81 är att samhandelskriteriet är uppfyllt. Konkurrensverket tar först ställning till den frågan.
47. Av artikel 81.1 framgår att samhandelskriteriet är uppfyllt om avtalet kan påverka handeln mellan medlemsstater. Med uttrycket handel täcks all gränsöverskridande ekonomisk verksamhet. Kravet på att det skall finnas en effekt på handeln mellan medlemsstater innebär att flödet av varor och tjänster mellan minst två medlemsstater påverkas. Det är emellertid tillräckligt att handeln kan påverkas. Härmed avses att det måste vara möjligt att med en tillräcklig grad av sannolikhet på grundval av ett antal objektiva rättsliga eller faktiska omständigheter, förutse att avtalet kan ha inflytande, direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, på handelsmönstret mellan medlemsstater.⁹
48. Det finns ett etablerat handelsflöde på marknaden för daggamla kycklingar och avelsagg i form av export till Danmark. Samhandeln påverkas därför av ifrågavarande konkurrensklausul.
49. Denna påverkan måste vidare vara märkbar för att gemenskapens konkurrenslagstiftning skall vara tillämplig. Graden av märkbar effekt kan särskilt bedömas i förhållande till de relevanta företagens ställning och betydelse på marknaden för de berörda produkterna.¹⁰
50. Import till den svenska marknaden försvåras på grund av de svenska karantänsreglerna avseende framförallt Salmonella. Att Sverige har en särställning avseende hälsoläget i fjäderfäproduktionen och därmed speciella regler på smitt-

⁸ Artikel 3 i Rådets förordning 1/2003

⁹ Jfr. Kommissionens tillkännagivande Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EUT nr C 101, 27.04.2004, s. 81, p. 19 ff.

¹⁰ Jfr. Kommissionens tillkännagivande s. 3 p.12 och s. 10 p. 44

51. skyddsområdet medför att Sverige måste ses som en separat relevant marknad även vid tillämpning av artikel 81. Konkurrensklausulen påverkar mot bakgrund av Gimranäs storlek och betydelse på den svenska marknaden samhandeln på ett märkbart sätt. Artikel 81 är således tillämplig.
52. Vad som sagts ovan vid prövning enligt 6 § KL gäller också artikel 81, dvs. den ifrågavarande konkurrensklausulen omfattas av förbudet i artikel 81.

Hur man överklagar, se bilaga.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Maria Bernhardsson. I den slutliga handläggningen har också byråchefen Ylva Qvarnström deltagit.

Claes Norgren

Maria Bernhardsson

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats.