

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

Úrskurður í máli nr. 5/2014

Mjólkursamsalan ehf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I

Kröfur málsaðila

Með kærnu dagsettri 20. október 2014 hefur Mjólkursamsalan ehf. (hér eftir nefnd áfrýjandi), kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 26/2014 frá 22. september 2014 til áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Í hinni kærðu ákvörðun komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hafi með aðgerðum sínum brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Var áfrýjanda gert að greiða 370.000.000 krónur í stjórnvaldssekt.

Áfrýjandi krefst þess aðallega að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Til vara krefst hann þess að sektin verði felld niður, en til þrautavara að hún verði lækkuð verulega. Samkeppniseftirlitið krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II

Um aðila málsins og helstu atvik þess

Málið varðar mjólkuriðnað á Íslandi og samskipti fyrirtækja á þeim markaði.

Í kjölfarið af setningu laga nr. 85/2004 um breytingu á lögum nr. 99/1993 um framleiðslu, verðlagningu og sölu á búvörum (hér eftir nefnd búvörulög) átti sér stað samþjöppun með samruna afurðastöðva í mjólkuriðnaði. Í því fólst að allar helstu afurðastöðvar í mjólkuriðnaði, að Kaupfélagi Skagfirðinga undanskildu (hér eftir nefnt KS), og Osta- og smjörsalan runnu saman í eina samsteypu þar sem Auðhumla svf. (hér eftir nefnd Auðhumla) er móðurfélag. Auðhumla hóf starfsemi í byrjun árs 2007 og hefur m.a. það hlutverk að taka við hrámjólk frá mjólkurbændum. Á sama tíma hóf áfrýjandi starfsemi sína en félagið hefur

Það hlutverk að annast m.a. móttöku, framleiðslu, dreifingu og sölu á mjólkurafurðum. Áfrýjandi er í eigu Auðhumlu (90%) og KS (10%).

Afurðastöðin Mjólka (hér eftir Mjólka I) hóf starfsemi árið 2005 með framleiðslu á fetaosti. Fyrirtækið hóf síðan framleiðslu á öðrum mjólkurafurðum, s.s. jógúrti, sýrðum rjóma, rifnum osti, skyri og skyrtertum. Síðla árs 2009 var samruni KS og Mjólku I samþykktur. Eftir að framgreindur samruni kom til framkvæmda varð Mjólka I 100% í eigu KS (hér eftir Mjólka II) og hefur starfsstöð sína í Hafnarfirði. Hefur Mjólka II framleitt m.a. fetaost og sýrðar mjólkurvörur. Kaupir Mjólka II hrámjólk af áfrýjanda. Helsti eigandi Mjólku I, Ólafur F. Magnússon, stofnaði ásamt öðrum nýtt fyrirtæki Mjólkurbúið Kú ehf. (síðar Mjólkurbúið ehf.). Hóf fyrirtækið vinnslu og sölu á mjólkurafurðum á árinu 2010, m.a. ostum og sýrðum rjóma.

III

Um meðferð málsins hjá Samkeppniseftirlitinu

Þann 18. desember 2012 barst Samkeppniseftirlitinu tölvupóstur frá Mjólkurbúinu ehf. (hér eftir Mjólkurbúið) þar sem því var haldið fram að félagið greiddi 17% hærra verð fyrir hrámjólk hjá áfrýjanda, en keppinautar þess á viðkomandi markaði þyrftu að greiða. Með tölvupóstinum fylgdi afrit af reikningum áfrýjanda til Mjólkurbúsins þar sem verð fyrir hrámjólk var 90,74 kr. á lítra og svo af reikningi áfrýjanda til Mjólku II þar sem verðið var 77,69 kr. á lítra.

Samkeppniseftirlitið óskaði skýringa frá áfrýjanda á ólíku verði á hrámjólk til framangreindra aðila og barst svar áfrýjanda í bréfi dagsettu 7. janúar 2013. Í framhaldi hóf Samkeppniseftirlitið rannsókn málsins.

Andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins var sent áfrýjanda til umsagnar 23. janúar 2014, ásamt lista yfir gögn málsins. Í andmælaskjalinu var komist að þeirri frumniðurstöðu að áfrýjandi hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Áfrýjandi skilaði Samkeppniseftirlitinu umsögn við andmælaskjalið þann 14. mars 2014. Hin kærða ákvörðun var birt áfrýjanda 22. september 2014.

Um málsatvik að öðru leyti vísast til hinnar kærðu ákvörðunar og gagna málsins.

IV

Málsmeðferð hjá áfrýjunarnefndinni

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins sem svar við kæru áfrýjanda barst 3. nóvember 2014. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðinni bárust áfrýjunarnefndinni 14. nóvember 2014 og svar Samkeppniseftirlitsins við þeim 21. nóvember 2014.

Mjólkurbúinu og KS var gefinn kostur á að koma á framfæri athugasemdum í málinu sem umsagnaraðilum og bárust þær 26. nóvember 2014 og 1. desember 2014. Þá bauðst þeim að koma fyrir nefndina og gera stuttlega grein fyrir sjónarmiðum sínum og þáði Mjólkubúið það boð.

Málið var flutt munnlega fyrir áfrýjunarnefndinni 9. desember 2014.

V

Röksemdir málsaðila

1. Málsástæður og lagarök áfrýjanda

Áfrýjandi telur að Samkeppniseftirlitið hafi við málsmeðferðina brotið gegn rannsóknarreglu stjórnarsýslulaga, andmælarétti og vönduðum stjórnarsýsluháttum að öðru leyti. Bendir áfrýjandi á að ekki hafi verið leitað upplýsinga og sjónarmiða KS. Þá hafi Samkeppniseftirlitið látið undir höfuð leggjast að kanna með viðhlítandi hætti rekstur Mjólku I, fjárhagsstöðu þess og möguleg áhrif af meintri verðmismunun áfrýjanda. Einnig hafi ekki verið leitað sjónarmiða hjá öðrum aðaleiganda Mjólku I, Vífilfelli hf. Áfrýjandi telur verulega ágalla á rannsókn, gagnameðferð og ályktunum Samkeppniseftirlitsins og að meðferð málsins hafi ekki uppfyllt þær kröfur sem gera verði til stjórnvalds á grundvelli stjórnarsýslulaga og meginreglum stjórnarsýsluréttar.

Áfrýjandi bendir á að Samkeppniseftirlitið hafi sést yfir það eða hafi kosið að líta framhjá því í rannsókn og málsmeðferð að fyrirtækið sem selt hafi verið KS hafi ekki verið sama fyrirtækið og hafi hafið mjólkurkaup af áfrýjanda árið 2008 og hafi hætt viðskiptum í júlí 2009. Þá hafi engin rannsókn verið gerð á ársreikningum fyrirtækisins/fyrirtækjanna sem áttu að hafa orðið fyrir skaðlegum áhrifum vegna meintrar verðmismununar áfrýjanda. Þá skorti alla rannsókn og rökstuðning við skilgreiningu markaðar í málinu en áfrýjandi telur að í raun hafi viðhlítandi markaðir alls ekkert verið skilgreindir. Einnig telur áfrýjandi að Samkeppniseftirlitið hafi gert þau alvarlegu mistök að horfa framhjá því að fyrirtækin sem eftirlitið telji að hafi orðið fyrir meintri ólögmeðri verðmismunun áfrýjanda hafi ekki starfað á sama markaði og það fyrirtæki sem eftirlitið telji að hafi notið hinna ólíku kjara.

Áfrýjandi byggir á því að í hinni kærðu ákvörðun gæti misskilnings um gildissvið búvörulaga og afmörkun þeirra gagnvart ákvæðum samkeppnislaga. Miðlun áfrýjanda á hrámjólk til KS og þar með Mjólklu II á innvigtunarverði sé órjúfanlegur hluti af samstarfi umræddra aðila á grundvelli 71. gr. búvörulaga og fáist það því ekki staðist að áfrýjanda verði gert að veita aðilum utan þess samstarfs hlutdeild í þeim ábata sem orðið hafi af samstarfi samstarfsaðila.

Áfrýjandi bendir á að til þess að fá beingreiðslur úr ríkissjóði á grundvelli búvörulaga þurfi kúabændur að undirgangast ýmis skilyrði, sem nánar sé lýst í samningi íslenska ríkisins við Bændasamtök Íslands um starfsskilyrði mjólkurframleiðslu, dags. 10. maí 2004. Kúabændur undirgangist þessi skilyrði m.a. með aðild sinni að Auðhumlu og KS, sem séu eigendur áfrýjanda. Skyldurnar sem hvíli á áfrýjanda sé svo að tryggja söfnun mjólkur sem og vinnslu, sölu og dreifingu á mjólkurafurðum allan ársins hring í því magni sem raun ber vitni til allra landsmanna, á sama verði og óháð búsetu. Saman vinni svo Auðhumla, KS og áfrýjandi að birgðastýringu hráefnis og mjólkurafurða fyrir allt landið.

Að uppfylltum skilyrðum opinberra eftirlitsaðila og leyfis frá þeim til mjólkursölu frá lögbýli telji áfrýjandi sig jafnframt skuldbundinn til að kaupa og/eða vinna alla mjólk af félagsmönnum Auðhumlu og KS án tillits til eftirspurnar neytenda hverju sinni. Eftir að viðskiptasamband sé komið á milli mjólkurframleiðanda og Auðhumlu og/eða KS samkvæmt samþykktum félaganna skapist gagnkvæm réttindi og gagnkvæmar skyldur þeirra á milli. Þeim réttindum og skyldum sé lýst í samþykktum félaganna og í tilviki Auðhumlu viðskiptaskilmálum sem byggja á samþykktum félagsins. Samkvæmt þeim séu félögin skyldug til að sækja mjólk til framleiðenda með reglubundnum hætti allan ársins hring og greiða þeim að lágmarki það verð sem ákveðið sé af verðlagsnefnd búvara að skuli vera lágmarksverð á mjólk til framleiðenda. Þau fyrirtæki sem aðild eigi að þessu samstarfi taki á sig þann kostnað sem skapist vegna sveiflna í framboði og eftirspurn.

Áfrýjandi bendir á að þau ákvæði búvörulaga sem öðrum fremur veiti starfsumhverfi áfrýjanda og annarra afurðastöðva í mjólkuriðnaði sérstöðu með tilliti til samkeppnislaga séu ákvæði 3. mgr. 13. gr. og 71. gr. laganna sem og ákvæði 7., 8. og 13. gr. þeirra sem varði verðlagningu. Ef ákvæði 3. mgr. 13. gr. og 71. gr. búvörulaga séu skoðuð í samhengi við ákvæði laganna um verðlagningu sé ljóst með hvaða hætti löggjafinn hafi skapað aðhald á þessum sérstaka markaði í stað þess aðhalds sem samkeppnislögin veiti. Þannig setji ákvæði laganna um verðlagningu afurðastöðvum skýrar skorður sem hindri að afurðastöðvar geti misnotað þá sérstöðu sem umrædd ákvæði skapi þeim.

Áfrýjandi bendir einnig á að í IV. kafla búvörulaga sé fjallað um verðskráningu á búvörum. Í kaflanum sé meðal annars mælt fyrir um skipun og verkefni verðlagsnefndar búvara. Samkvæmt 1. mgr. 8. gr. laganna ákveði verðlagsnefnd búvara lágmarksverð á mjólk til

framleiðenda og samkvæmt 1. mgr. 13. gr. laganna ákveði nefndin jafnframt heildsöluverð búvara sem verðlagðar séu samkvæmt 8. gr. laganna. Verðlagsnefnd búvara ákveði þannig annars vegar lágmarksverð fyrir mjólk til framleiðenda og hins vegar heildsöluverð tiltekinna mjólkurvara og styðst við lögbundin sjónarmið í ákvörðunum sínum.

Áfrýjandi telur ljóst að allar sjálfstæðar verðákvæðanir hans hafi með beinum hætti áhrif á ákvæðanir verðlagsnefndar búvara og hann búi því við ótvírætt aðhald hvað þær varðar í stað þess aðhalds sem samkeppnislögin veiti. Ef áfrýjandi hækki verð á þeim afurðum sem ekki séu verðlagðar af verðlagsnefnd skili það sér í hvort tveggja hærra lágmarksverði til framleiðenda og lægra heildsöluverði þeirra afurða sem verðlagðar séu af verðlagsnefnd. Áfrýjandi hafi því ekki hagsmuni af því að misnota þá stöðu sem hann sé í hvort heldur sem sé með því að hækka verð afurða sinna eða með háttsemi sem sé til þess fallin að útiloka smærri aðila eða raska samkeppnisstöðu þeirra með öðrum hætti.

Þá bendir áfrýjandi á að löggjafinn hafi búið svo um hnútana að rekstrarumhverfi og skipulag á umræddum markaði sé í grundvallaratriðum annað en á þeim mörkuðum þar sem samkeppnislög gildi óskoruð og hafi metið það svo að sú tilhögun skili samfélaginu í heild meiri ábata og tryggi eins og kostur sé hagkvæma nýtingu framleiðsluþátta þjóðfélagsins og velferð neytenda. Telur áfrýjandi að töluleg gögn sýni með ótvíræðum hætti að það mat löggjafans hafi verið á rökum reist og bendir í því sambandi á þá umfangsmiklu hagræðingu sem náðst hafi í mjólkuriðnaði síðastliðinn áratug.

Áfrýjandi, KS ásamt Mjólk II, hafi á grundvelli 71. gr. búvörulaga gert með sér samkomulag um verkaskiptingu að því er varði framleiðslu einstakra mjólkurvara og annars konar samstarf í því skyni sem tilgreint sé í lögnum. Á því tímabili sem hin kærða ákvörðun taki til hafi verið í gildi á milli áfrýjanda og KS framlegðar- og verkaskiptasamkomulag, dagsett 15. júlí 2008. Samkvæmt efni samkomulagsins sé ljóst að verðlagning áfrýjanda á hrámjólk til KS og síðar Mjólk II eftir samruna hennar við KS í árslok 2009 hafi á umræddu tímabili verið órjúfanlegur þáttur í samstarfi aðila á grundvelli 71. gr. búvörulaga. Þessi verðlagning hafi verið liður í því að jafna mun á framlegð aðila vegna þeirrar verkaskiptingar í framleiðslu mjólkurvara sem kveðið sé á um í samkomulaginu.

Áfrýjandi telur að í hinni kærðu ákvörðun felist grundvallarmisskilningur á umræddum ákvæðum búvörulaga og á því samstarfi áfrýjanda og KS sem fari fram á grundvelli laganna.

Áfrýjandi telur sýnt að ef ákvæði 71. gr. búvörulaga sé virt með hliðsjón af lögskýringargögnum og þeim tilgangi, sem því sé ætlað að þjóna, rúmist samstarf hans við KS og þar með Mjólk II að öllu leyti innan þess. Þetta samstarf sé því í heild undanskilið gildissviði samkeppnislaga, en á móti sæti fyrirtækin opinberri verðlagningu. Miðlun áfrýjanda á hrámjólk til umræddra aðila á innvigtunarverði hafi, á því tímabili sem hin kærða

ákvörðun taki til, verið þáttur í að leiðrétta þá skekkju sem óhjákvæmilega verði á framlegð aðila vegna þeirrar verkaskiptingar sem þeir hafi ákveðið að viðhafa. Það sé því órjúfanlegur hluti af umræddu samstarfi. Sala án skilmála til annarra sem ekki taki þátt í samstarfinu lúti öðrum lögmaðlum.

Áfrýjandi bendir einnig á að verðlagning hans á hrámjólk til Mjólklu I frá apríl 2008 – júlí 2009, til Mjólklu II á tímabilinu júlí til desember 2009 og síðar Mjólkurbúsins frá 2010 var byggð á ákvörðunum verðlagsnefndar búvöru um verð á mjólk í lausu máli.

Áfrýjandi byggir á því að sá markaður sem Samkeppniseftirlitið telji að áfrýjandi starfi á sé ranglega skilgreindur. Auk þess telur áfrýjandi að það skorti á að skilgreina þann markað eða þá markaði þar sem áhrif meintrar ólögmætrar háttsemi áfrýjanda eigi að hafa komið fram.

Áfrýjandi telur að skilgreining Samkeppniseftirlitsins á markaði málsins skorti alfarið rök og standist ekki nánari skoðun eða sé í samræmi við reynslu af markaði héraendis. Engin ástæða sé til þess að telja að viðkomandi markaður eigi að teljast heildsala, en ekki sala á hefðbundinni hrámjólk til vinnslu. Mjólkurbúið geti t.a.m. keypt hrámjólk beint af framleiðendum með sama hætti og aðrar afurðastöðvar geri.

Áfrýjandi telur vörumarkað málsins vera sölu á hrámjólk til vinnslu og minnir sérstaklega á að á árabílinu 2005 – 2008 hafi Mjólkla I keypt hráefni til vinnslu sinnar beint frá bændum. Áfrýjandi telur augljóst að fullkomin staðganga sé á milli þeirrar hrámjólkur sem Mjólkurbúið kaupir eða geti keypt af framleiðendum annars vegar og þeirrar hrámjólkur sem það kaupir af áfrýjanda hins vegar, enda um sams konar vöru að ræða.

Þá bendir áfrýjandi á að um 650 mjólkurframleiðendur starfi á markaðinum fyrir sölu á hefðbundinni hrámjólk til vinnslu. Með hliðsjón af þeim mikla fjölda sé það mjög ólíklegt að hann sé í raun ráðandi á þeim markaði.

Áfrýjandi gerir einnig alvarlega athugasemd við að Samkeppniseftirlitið hafi ekki skilgreint þá markaði sem Mjólkurbúið og Mjólkla II starfi á. Mál þetta varði m.a. meinta ólögmæta verðmismunum á milli Mjólkurbúsins annars vegar og Mjólklu II hins vegar. Af því leiði að afleiðing af meintu broti áfrýjanda ætti að koma fram á þeim markaði eða mörkuðum sem Mjólkurbúið og Mjólkla II starfi á. Ef aðilarnir séu ekki keppinautar sé útilokað að samkeppnisstaða einhvers eða einhverra þeirra hafi verið veikt gagnvart öðrum. Áfrýjandi telur að Mjólkurbúið og Mjólkla II starfi ekki að neinu leyti á sömu mörkuðum svo þýðingu hafi með hliðsjón af atvikum í máli þessu.

Áfrýjandi byggir á því að markaðurinn sé ekki heildsala mjólkur til vinnslu heldur sala mjólkur þar sem séu 650 birgjar. Þá sé ekkert í viðskiptaskilmálum Auðhumlu sem hindri

framleiðendur í að selja öðrum og Auðhumla, móðurfélag áfrýjanda, hafi kappkostað að setja slíka skilmála með hliðsjón af skoðunum eða athugasemdum Samkeppniseftirlitsins.

Áfrýjandi byggir á því að í hinni kærðu ákvörðun hafi Samkeppniseftirlitinu ekki tekist sönnun þess að áfrýjandi hafi viðhaft ólögmeta verðmismunun sem beint hafi verið gegn Mjólku I og Mjólkurbúinu. Þrátt fyrir að áfrýjandi hafi selt sömu vöru til Mjólku II eftir að KS keypti félagið annars vegar og Mjólku I og Mjólkurbúsins hins vegar, þá hafi viðskiptin ekki verið sambærileg og því hafi þessum aðilum ekki verið mismunað með ólíkum viðskiptaskilmálum. Auk þess sem samkeppnisstaða Mjólku I og Mjólkurbúsins hafi ekki verið veik gagnvart keppinautum þeirra.

Áfrýjandi telur að það liggi fyrir að viðskipti hans við Mjólku II hafi verið gerð upp á grundvelli heildarsamkomulags hans og KS um framlegðar- og verkaskiptingu. Hlutdeild Mjólku II í framlegð áfrýjanda vegna ferskvara hafi þannig verið greidd til Mjólku II í formi lækkaðs verðs á hrámjólk. Mjólka I og Mjólkurbúið hafi ekki verið þátttakendur í samstarfi þessu og áttu því ekki tilkall til hlutdeildar í framlegð. Þá telur áfrýjandi einnig að það liggi fyrir að samkeppnisstaða Mjólku I og Mjólkurbúsins hafi ekki verið veikt gagnvart keppinautum þess, sem Samkeppniseftirlitið telji vera Mjólku II. Mjólka II framleiði einfaldlega ekki sömu vörur og Mjólkurbúið og því séu þessir aðilar ekki keppinautar.

Áfrýjandi telur að málsgrundvöllur Samkeppniseftirlitsins tengdur meintri verðmismunun hans sé rangur. Telur áfrýjandi útilokað að unnt sé að heimfæra háttsemi hans undir ólögmeta verðmismunun.

Áfrýjandi telur að Samkeppniseftirlitið fari rangt með grundvallaratriði í málinu. Í málinu liggi fyrir að víðtækt samstarf hafi verið með áfrýjanda, KS og Mjólku II. Samstarfinu hafi verið ætlað að leiða til hagræðingar í mjólkuriðnaði, til ábata fyrir bæði framleiðendur og neytendur og fyrirtækin hafi gert verulegar breytingar á skipulagi framleiðslu tilgreindra mjólkurafurða til að ná markmiðum samstarfsins. Sú verkaskipting sem hafi verið ákveðin á milli fyrirtækjanna hafi haft töluverð áhrif á framlegð þeirra. Gögn málsins sýni glögglega að heildsöluverð þeirra vara sem áfrýjandi framleiði sé nokkuð meiri en framlegð þeirra vara sem KS og Mjólka II framleiði. Til þess að samstarfið væri raunhæft og verkaskiptingin hagfeld bádum, hafi aðilar orðið ásáttir um að skipta hinni auknu framlegð sem yrði hjá áfrýjanda. Framkvæmdin hafi því orðið sú að áfrýjandi miðlaði m.a. hrámjólk til KS og Mjólku II á verði sem samsvaraði lágmarksverði til bænda. Vegna þessa standist sú röksemdafærsla Samkeppniseftirlitsins ekki að áfrýjanda hafi borið að bjóða Mjólku I og síðar Mjólkurbúinu sama verð og KS og Mjólka II greiddu eftir nettun vegna hlutdeildar í framlegð.

Hvorki Mjólka I né Mjólkurbúið hafi verið þátttakendur í samstarfi um hagræðingu í rekstri og þessi fyrirtæki, ólíkt KS og Mjólku II, þurftu því ekki að einskorða framleiðslu sína við framleiðslu mjólkurvara með lága framlegð. Forsendur þess að mjólk hafi verið miðlað til KS og Mjólku II á innvigtunarverði bænda voru þær að hlutdeild í aukinni framlegð áfrýjanda hafi verið nettuð á móti verði sem þeir greiddu fyrir hrámjólk. Engar forsendur voru til slíkrar nettunar við Mjólkurbúið og því gildi það verð sem miðaðist við mjólk í lausu máli samkvæmt verðlagsnefnd búvöru. Vegna m.a. þessa sé rangt að félögum tengdum áfrýjanda hafi verið veitt samkeppnisforskot gagnvart Mjólku I og Mjólkurbúinu. Áfrýjandi minnir á að ávallt hafi verið um að ræða sama verð til allra þeirra sem ekki hafi verið þátttakendur í samstarfi um lækun á framleiðslukostnaði, þ.e. til fyrirtækjanna Örnú, Bíó-Búsins, Mjólku I og Mjólkurbúsins.

Áfrýjandi bendir á að fjárhagserfiðleikar Mjólku I hafi verið verulegir og þeir hafi skapast á tímabili þegar engin viðskipti hafi verið á milli á félaganna og þegar Mjólka I keypti hráefni beint af bændum. Ársreikningar Mjólku I sýni glögglega að erfiðleikar þess félags stöfuðu af allt öðrum orsökum en verðlagningu áfrýjanda á hrámjólk.

Áfrýjandi bendir á að álögð sekt, 370 milljóna króna, sé sú þriðja hæsta sem lögð hafi verið á fyrirtæki héraðs vegna brota gegn 11. gr. samkeppnislaga, sé litið til endanlegrar niðurstöðu um sektarupphæð. Enda þótt Samkeppniseftirlitið hafi á síðastliðnum árum hækkað verulega fjárhæðir sektarviðurlaga, sé sektin sem eftirlitið leggur á áfrýjanda í engu samræmi við þær fjárhæðir sem hafi áður verið lagðar á fyrirtæki fyrir brot gegn 11. gr. samkeppnislaga. Áfrýjandi telur þetta sérstaklega ljóst ef litið sé til verulega takmarkaðra áhrifa hins meinta brots áfrýjanda á hag neytenda, huglægrar afstöðu hans, sem og óvenjulegs og flókens regluverks sem ráði rekstrarumhverfi hans.

Áfrýjandi bendir einnig á að hann hafi ávalt staðið í þeirri trú að ákvarðanir verðlagsnefndar búvöru um verð á mjólk réðu söluverði mjólkur til Mjólkurbúsins, líkt og annarra sem standa utan verkaskiptasambands hans og KS. Þá bendir áfrýjandi á þá staðreynd að hann starfi innan lagaramma sem hafi lítt verið skýrður og túlkaður af þar til bærum yfirvöldum eða dómstólum.

Þá bendir áfrýjandi á varðandi tímalengd meints brots að það sé óásættanlegt að stjórnvald byggi ákvörðun um sektarviðurlög á því að áfrýjandi hafi hugsanlega stundað brot í lengri tíma en rannsókn þess leiddi raunverulega í ljós, líkt og Samkeppniseftirlitið virðist gera, sbr. orðalag þess efnis að meint brot hafi verið stunduð að minnsta kosti frá árinu 2008.

Varðandi sjónarmið Samkeppniseftirlitsins um að brot varði mikilvægan markað bendir áfrýjandi á að augljóst sé að við töku ákvörðunarinnar hafi eftirlitið stuðst við ranga markaðsskilgreiningu. Þá komi áhrif meintra brota áfrýjanda einungis fram á markaði fyrir

sölu mygluosta. Mótmælir áfrýjandi því að raunveruleg áhrif meintra brota hafi haft víðtækari áhrif og telur fráleit sú ályktun eftirlitsins að hin meinta háttsemi hafi haft áhrif á mikilvægar neysluvörur heimila.

Þá hafnar áfrýjandi því með öllu að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2006 í máli Osta- og smjöröslunnar hafi ítrekunaráhrif í þessu máli.

Áfrýjandi bendir einnig á að Samkeppniseftirlitið hafi við ákvörðun viðurlaga litið til veltu samstæðu áfrýjanda og sé eina áþreifanlega forsendan sem eftirlitið hafi nefnt til stuðnings ákvörðun um fjárhæð stjórnvaldssektarinnar. Ekkert hald sé þó í þeirri forsendu, þar sem ómögulegt sé að sjá hversu stórt hlutfall hennar hafi verið lagt til grundvallar ákvörðuninni. Telur áfrýjandi að þar sem engin leið sé að átta sig á því hvaða hlutfall veltunnar komi til skoðunar sem grunnviðmið sektarupphæðarinnar, sé í raun ómögulegt að komast að rökréttri niðurstöðu um það hversu mikil áhrif aðrir þættir eigi að hafa á upphæð sektarinnar.

Að lokum vísar áfrýjandi heildstætt til allra fyrri sjónarmiða sem rakin séu í gögnum málsins.

2. Málásástæður og lagarök Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið byggir á því að aðgerðir áfrýjanda eins og þeim er lýst í hinni kærðu ákvörðun hafi haft þau áhrif að Mjólka I og Mjólkurbúið hafi þurft að greiða hærra verð á lykilhráefni heldur en keppinautar þeirra. Sú verðmismunun sem Mjólka I og Mjólkurbúið sættu af hálfu áfrýjanda hafi verið veruleg. Hafi þetta verið til þess fallið að veita áfrýjanda og tengdum fyrirtækjum umtalsvert samkeppnisforskot og veikja verulega samkeppnisstöðu Mjólku I og Mjólkurbúsins í skilningi c. liðar 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Með aðgerðunum hafi áfrýjandi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Samkeppniseftirlitið hafnar því að það hafi misskilið viðskipti áfrýjanda við Mjólku I eða að það hafi „ruglast“ á fyrirtækjum sem tengjast málinu. Bendir eftirlitið á að þrátt fyrir að rekstur Mjólku I hafi verið færður úr einni lögpersónu í aðra á árinu 2009 hafi þetta fyrirtæki eftir sem áður ekki verið undir yfirráðum áfrýjanda og KS á þessum tíma og brot áfrýjanda sé jafn alvarlegt þrátt fyrir að þolandi þess skipti um kennitölu á brotatímabilinu. Aðalatriðið sé að á árunum 2008 og 2009 keypti Mjólka I ógerilsneydda hrámjólk af áfrýjanda á árunum 2008 og 2009 fyrir um 399,3 milljónir kr. (fyrir utan vsk. og veittan afslátt). Í tengslum við þau viðskipti beitti áfrýjandi allt til ársloka 2009 Mjólku I ólögmati verðmismunun. Það brot hafi síðan haldið áfram gagnvart Mjólkurbúinu allt til enda rannsóknartímabils málsins.

Samkeppniseftirlitið bendir á að hin kærða ákvörðun fjalli ekki um brot KS og málinu hafi því aldrei verið beint að því fyrirtæki enda ekki aðili að málinu og átti ekki andmælarétt. Þá hafi

ekki verið talið tilefni við rannsókn málsins að óska eftir upplýsingum frá fyrirtækinu með beinum hætti.

Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að það hafi ákveðið að afmarka rannsóknartímabilið við árin 2008-2013 en Mjólka I hafi verið í viðskiptum við áfrýjanda allt árið 2009 og í kjölfarið hafi viðskipti við Mjólkurbúið hafist.

Samkeppniseftirlitið bendir á að brot á 11. gr. samkeppnislaga sé ekki háð því að Samkeppniseftirlitið sanni að aðgerð markaðsráðandi fyrirtækis hafi í raun haft skaðleg áhrif á samkeppni. Eigi þetta jafnt við verðmismunun sem og önnur brot. Samkeppniseftirlitið þurfi hvorki að sanna, eða reyna að sanna, að m.a. verðhækkun áfrýjanda 1. ágúst 2009 hafi leitt til þess að Mjólka I hafi hætt starfsemi sem sjálfstæður keppinautur eða hafi haft úrslitaáhrif þar að lútandi. Samkeppniseftirlitið komst að þeirri niðurstöðu að umrædd verðhækkun hafi gert samkeppnisstöðu Mjólku I enn erfiðari og „stuðlað að því“ að samruni KS og Mjólku hafi gengið eftir. Sökum þess taldi eftirlitið að verðhækkun áfrýjanda 1. ágúst 2009 hafi verið til þess fallin að hafa mjög skaðleg áhrif á samkeppni og til stuðnings því að um alvarleg brot sé að ræða í þessu máli. Niðurstaða um brot áfrýjanda á árinu 2009 hafi ekki ráðist af því hvort Mjólka I hafi staðið fjárhagslega vel eða illa á þeim tíma.

Samkeppniseftirlitið telur að umfjöllun þess í hinni kærðu ákvörðun byggist á fullnægjandi rannsókn og sé rétt. Áfrýjandi hafi kosið að miða verðlagningu sína á ógerilsneyddri hrámjólk við verðlagningu verðlagsnefndar á gerilsneyddri nýmjólk í lausu máli. Af þessu leiddi að þann 1. ágúst 2009 hækkaði áfrýjandi verð á gerilsneyddri hrámjólk til Mjólku I um 7,6% á sama tíma og verð áfrýjanda til KS (og hans sjálfs) á sömu vöru stóð í stað. Þessari staðreynd hefur ekki verið hnekkt af áfrýjanda.

Samkeppniseftirlitið vísar um samspil samkeppnislaga og búvörulaga og rökstuðnings um að ákvæði 11. gr. samkeppnislaga taki að fullu til þeirrar háttsemi áfrýjanda sem um ræði í þessu máli fyrst og fremst til hinnar kærðu ákvörðunar. Hin kærða ákvörðun sé í samræmi við ákvæði búvörulaga og fordæmi áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Ávallt hafi verið við það miðað í búvörulögum að almennar samkeppnisreglur gildi um viðskipti með búvörur þegar sérákvæðum búvörulaga sleppi. Hafi áfrýjunarnefnd samkeppnismála ítrekað staðfest þá túlkun.

Samkeppniseftirlitið hafnar því að verð á þeirri ógerilsneyddu hrámjólk sem áfrýjandi seldi tengdum fyrirtækjum hafi verið ákveðið á grundvelli búvörulaga. Telur eftirlitið að það hafi alfarið verið ákvörðun áfrýjanda að miða við umrædda verðlagningu samkvæmt 1. mgr. 8. gr. búvörulaga og að hann sé á engan hátt bundinn við verðákvæðanir samkvæmt því ákvæði. Kjarni málsins sé að áfrýjandi hafi selt ógerilsneydda hrámjólk til Mjólkurbúsins og áður Mjólku I á heildsöluverði fyrir gerilsneydda mjólk í lausu máli en til eigin vinnslu og til KS og

Mjólku II á lágmarksverði á mjólk til framleiðenda. Það sé áfrýjandi sem einhliða ákveði að miða verðákvörðun sína á ógerilsneyddri hrámjólk annars vegar (í tengslum við innbyrðis viðskipti áfrýjanda og viðskipti félagsins við KS og Mjólku II) við lágmarksverð á mjólk til framleiðenda sem verðlagsnefnd hafi ákveðið og hins vegar (í tengslum við viðskipti við Mjólkurbúíð og áður Mjólku I) við heildsöluverð á gerilsneyddri mjólk í lausu máli. Þetta sé einhliða ákvörðun áfrýjanda og ákvörðunum verðlagsnefndar búvara óviðkomandi.

Þá hafnar Samkeppniseftirlitið því að sala ógerilsneyddrar hrámjólkur til Mjólku I og Mjólkurbúsins á hærra verði en til tengdra aðila hafi verið verðtilfærsla í skilningi búvörulaga. Einnig sé því hafnað að salan á ógerilsneyddri hrámjólk til Mjólku I og Mjólkurbúsins á hærra verði en til tengdra aðila sé órjúfanlegur þáttur í því samstarfi sem 71. gr. heimilar.

Samkeppniseftirlitið bendir á að ákvæði 71. gr. búvörulaga heimila afurðastöðvum í mjólkuriðnaði að sameinast, að gera samkomulag um verkaskiptingu að því er varðar framleiðslu einstakra mjólkurvara og að hafa með sér annað samstarf til þess að halda niðri kostnaði við framleiðslu, geymslu og dreifingu mjólkurafurða. Sú aðgerð sem mál þetta taki til felist í því að markaðsráðandi afurðastöð seldi tengdum afurðastöðvum grundvallarhráefni á umtalsvert lægra verði heldur en sjálfstæðum afurðastöðvum stóð til boða. Það sé þessi verðmismunur sem er kjarni málsins og hún feli hvorki í sér verkaskiptingu um framleiðslu mjólkurvara né samstarf um að halda niðri kostnaði við framleiðslu, geymslu og dreifingu mjólkurafurða. Varðandi þessa tilteknu aðgerð áfrýjanda hafi það ekki þýðingu þó KS og Mjólka II hafi með sér samstarf sem felist í verkaskiptingu um framleiðslu á einstökum mjólkurafurðum, geymslu þeirra og dreifingu á grundvelli búvörulaga. Sú verkaskipting varði vinnslu mjólkurafurða eftir að viðkomandi hráefni sé komið í afurðastöð og ráðstöfun afurða í þeim tilgangi að halda niðri kostnaði. Sala á hrámjólk í afurðastöð á því ekki að hafa áhrif á verðlagningu á því hráefni sem um ræði þannig að hún réttlæti mismunur gagnvart keppinauti.

Samkeppniseftirlitið byggir á því að markaðurinn teljist heildsala á hefðbundinni ógerilsneyddri hrámjólk til vinnslu. Málið varði sölu á ógerilsneyddri hrámjólk en þessi vara sé notuð sem hráefni til að framleiða ýmis konar mjólkurafurðir eins og drykkjarmjólk, osta, jógúrt, skyr o.fl. Samkeppniseftirlitið bendir á að ekki sé um það ágreiningur í málinu að þegar um sé að ræða framleiðslu á mjólkurafurðum komi ekkert hráefni í stað ógerilsneyddrar hrámjólkur. Sé þetta augljóst en um leið grundvallaratriði í málinu. Þá taldi Samkeppniseftirlitið m.a. með vísan til sjónarmiða frá áfrýjanda rétt að gera greinarmun á hefðbundinni og lífrænni hrámjólk.

Samkeppniseftirlitið bendir á að fyrir liggi að áfrýjandi hafi selt Mjólku I og II, KS og Mjólkurbúinu ógerilsneydda hrámjólk í heildsölu sem þessir aðilar (og áfrýjandi sjálfur) noti til að framleiða mjólkurafurðir. Alþekkt sé í samkeppnisrétti að heildsala á tiltekinni vöru geti myndað sérstakan markað og því taldi Samkeppniseftirlitið rökrétt að skilgreina vörumarkaðinn sem heildsala á hefðbundinni ógerilsneiddri hrámjólk til vinnslu, sbr. umfjöllun í hinni kærðu ákvörðun.

Samkeppniseftirlitið bendir einnig á að heildarvelta áfrýjanda á árinu 2013 hafi verið 22 milljarðar kr. og að hann sé eitt stærsta dreifingarfyrtæki landsins. Reki áfrýjandi dreifingarkerfi þar sem hrámjólk sé sótt til um 650 mjólkurbænda sem sé vel yfir 90% þeirra sem starfi hér á landi og vigti inn mjólk í afurðastöð. Þessir sömu mjólkurbændur séu eigendur áfrýjanda, auk þeirra sem vigta inn hjá KS, en saman hafa allir mjólkurbændur fjárhagslega hagsmuni af velgengni áfrýjanda á markaði. Í ljósi alls þessa telji eftirlitið að áfrýjandi sé ekki aðeins markaðsráðandi heldur í raun í einstakri yfirburðastöðu. Sé þetta sama niðurstaða og komist hafi verið að í eldri úrlausnum samkeppnismála.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga sé lagt bann við því að markaðsráðandi fyrirtæki misnoti stöðu sína með því að „viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra þannig veikt.“ Í hinni kærðu ákvörðun sé komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hafi á rannsóknartímabili málsins beitt Mjólku I og Mjólkurbúinu ólögmætri verðmismunun með því að selja þeim ógerilsneydda hrámjólk á allt að 17% hærra verði en fyrirtæki sem séu tengd áfrýjanda greiddu. Við mat á því hvort brot af þessum toga hafi átt sér stað þurfi að horfa til tiltekinnna atriða, t.d. hvort viðskiptin séu sambærileg eða hvort mismunandi kostnaður skýri mismunandi verð.

Samkeppniseftirlitið bendir á að áfrýjandi annist heildsölu á mikilvægu hráefni. Hann noti einnig þetta sama hráefni til að framleiða vörur í samkeppni við þá sem kaupir af honum hráefnið (Mjólka I og Mjólkurbúinu). Til viðbótar sé áfrýjandi í afar nánú samstarfi við aðra kaupendur að hráefninu og hafi hag af starfsemi þeirra (KS og Mjólka II). Síðarnefndu viðskiptavinirnir séu (ásamt áfrýjanda) einnig keppinautar hinna fyrrnefndu. Áfrýjandi sé þannig lóðrétt samþætt fyrirtæki (vertically integrated) sem hafi beina hagsmuni af þeirri atvinnustarfsemi sem þeir sem kaupir af honum hið mikilvæga hráefni stunda.

Þá telur Samkeppniseftirlitið m.a. með vísan til úrskurðar áfrýjunarnefndar í máli nr. 8/2006 að það sé ekki skilyrði fyrir beitingu c. liðar 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga að skilgreina þann hugsanlega markað eða undirmarkaði sem viðskiptavinir í skilningi ákvæðisins starfi á.

Samkeppniseftirlitið byggir á því að álögð sekt í málinu sé hófleg með hliðsjón af alvarleika brota áfrýjanda, ítrekunaráhrifa, tímalengdar, heildarveltu fyrirtækisins og öðrum þáttum málsins.

Bendir Samkeppniseftirlitið á að sekt áfrýjanda sé langt undir hinu formlega hámarki 37. gr. samkeppnislaga. Beri að hafa í huga að 10% hámarki í 37. gr. og í EES/ESB-samkeppnisrétti sé ætlað að tryggja að sektir séu ekki óhóflega háar. Bent hafi verið á að fimmtíu ára framkvæmd samkeppnisreglna sýni að fyrirtæki ráði við greiðslu sekta sem eru allt að 10% af heildarveltu.

Samkeppniseftirlitið bendir á að viðurlagaákvörðun í samkeppnisrétti byggi á heildarmati á aðstæðum í viðkomandi máli. Við það mat sé skylt að horfa til tiltekinna sjónarmiða sem tilgreind séu í 37. gr. samkeppnislaga. Einnig sé heimilt að horfa til annarra sjónarmiða sem séu í eðlilegum tengslum við það málefni sem liggja fyrir. Sé eðlilegt að í sektarákvörðunum Samkeppniseftirlitsins sé rökstutt til hvaða sjónarmiða hafi verið horft og þýðingu þeirra. Sé það gert í hinni kærðu ákvörðun. Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að allt frá því að sektir voru fyrst lagðar á í samkeppnisrétti hér á landi sýni skýr framkvæmd áfrýjunarnefndar samkeppnismála að ekki sé skylt að sýna útreikninga eða tölulegt vægi einstakra þátta í sektarákvörðun. Samkeppniseftirlitið telur að sektarákvörðunin í málinu fullnægi öllum eðlilegum kröfum.

Samkeppniseftirlitið bendir einnig á að í hinni kærðu ákvörðun sé ítarlega rökstudd niðurstaða eftirlitsins um að áfrýjanda hafi mátt vera það ljóst að sú verðmismun sem mál þetta taki til hafi verið til þess fallið að raska samkeppni. Mátti áfrýjanda vera ljóst að 11. gr. samkeppnislaga tæki til markaðsráðandi fyrirtækja í mjólkuriðnaði og að ákvæði búvörulega veittu fyrirtækinu ekki heimild til þess að beita samkeppnishamlandi verðmismunun. Að mati Samkeppniseftirlitsins séu því engin efni til þess í málinu að sektin sé lækkuð eða felld niður á grundvelli þess að áfrýjandi hafi mátt vera í réttmætum vafa um lögmæti háttseminnar. Þá telur Samkeppniseftirlitið að áfrýjandi hafi ekki fært rök fyrir því að hafa við meðferð málsins veitt aðstoð við rannsókn málsins umfram lagaskyldu.

Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að við ákvörðun á fjárhæð sekta skuli samkvæmt 2. mgr. 37. gr. hafa hliðsjón af því hvort um ítrekað brot sé að ræða. Samkeppniseftirlitið telur ljóst að með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2006 hafi verið staðfest sú niðurstaða að Osta- og smjörsalan sf. hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína með því að beita Mjólku I verðmismunun. Áfrýjandi, sama fyrirtæki í skilningi samkeppnisréttar, hafi nú á ný gerst sekur um brot á sama lagaákvæði.

Samkeppniseftirlitið mótmælir því að ekki sé rétt að líta til veltu áfrýjanda við ávörðun um hæfileg viðurlög í málinu. Varnaðaráhrif, almenn og sérstök, séu mikilvægur þáttur við

ákvörðun viðurlaga. Til að sektir geti haft raunveruleg varnaðaráhrif verði þær að skipta einhverju máli fyrir þann sem þær greiði. Í því skyni sé við ákvörðun sekta tekið mið af efnahagslegum styrkleika fyrirtækis eða samtaka fyrirtækja sem aðild eigi að broti og sekt sé lögð á. Skipti þar heildarvelta fyrirtækisins á síðasta almanaksári áður en sekt sé lögð á einna mestu.

Samkeppniseftirlitið vísar að öðru leyti til hinnar kærðu ákvörðunar og gagna málsins.

VI

Niðurstaða

1

Um þau atriði sem til úrlausnar eru

Þetta mál snýst einkum um það hvort áfrýjandi hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína með því að selja sömu vöru á mismunandi verði þannig að hallaði á aðila ótengda áfrýjanda. Telur Samkeppniseftirlitið að áfrýjandi hafi með alvarlegum hætti brotið gegn c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Þar er tekið sem dæmi um misnotkun að:

„...viðskiptaaðilum [hafi verið] mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra þannig veikt“

Í ákvörðunarorðunum er áfrýjandi talinn hafa brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga “með þeim aðgerðum sem nánar er lýst í ákvörðun þessari.“

Málið snýst einnig um þýðingu ákvæða í 71. og 3. mgr. 13. gr. búvörulaga 99/1993, svo sem nánar verður vikið að síðar, um undanþágur frá ákvæðum samkeppnislaga. Það er þó ekki deilt um að samkeppnislög gilda um starfsemi í mjólkuriðnaði þar sem undanþágunum sleppir. Óumdeilt er að undanþágurnar giltu ekki við sölu áfrýjanda á mjólk til Mjólku I og Mjólkurbúsins (og raunar fleiri ótengdra aðila). Hins vegar má ráða af málflutningi aðila að deilt sé um hvort hægt sé að bera þau viðskipti saman við sölu áfrýjanda á mjólk til KS, þar sem þar sé um að ræða viðskipti sem undanþegin séu ákvæðum samkeppnislaga.

Einnig er deilt um önnur atriði, svo sem hvort áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu og misbeitt henni í viðskiptunum við Mjólku I og Mjólkurbúið. Þar kemur einkum til skoðunar hvernig áfrýjandi ákvað verð á ógerilsneyddu mjólkinni til Mjólku I og Mjólkurbúsins meðal annars með hliðsjón af verðákvörðun til aðila sem tengdir eru áfrýjanda.

Þá er einnig deilt um markaðsskilgreiningar og þýðingu þeirra og þau viðurlög sem ákveðin voru í hinni umdeildu ákvörðun Samkeppniseftirlitsins.

2

Um nánari afmörkun deiluefnisins í málflutningi aðila fyrir nefndinni

2.1

Þýðing ákvarðana verðlagsnefndar búvara

Það liggur skýrlega fyrir í málinu að áfrýjandi seldi hinum ótengdu aðilum ógerilsneydda mjólk (Mjólk I o.fl.) á verði sem var samsvarandi því sem verðlagsnefnd búvara ákvað fyrir gerilsneydda mjólk í lausu á því tímabili sem um ræðir. Annað verð stóð þeim ekki til boða. Fram kom í málflutningi fyrir nefndinni að áfrýjandi taldi það verð vera „hámarksverð í heildsölu“ á þessari vöru. Nú liggur fyrir samkvæmt bréfi atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytisins, dagsett hinn 10. desember 2013, sem undirritað er af formanni nefndarinnar, að nefndin ákvað verð fyrir hina gerilsneyddu afurð en ekki þá ógerilsneyddu á því tímabili sem um ræðir:

„Með mjólk í lausu máli, samkvæmt opinberri verðskrá mjólkurvara og auglýst í Lögbirtingarblaðinu hverju sinni, er átt við *gerilsneydda* en ópakkaða mjólk“ (lbr. ÁFS)

Bréfið var kynnt á fundi nefndarinnar hinn 8. janúar 2014 án þess að athugasemdir væru gerðar. Fram kemur í sama bréfi að hinn 1. október 2013 var hið skráða verð 101 kr. í heildsölu á ógerilsneyddri mjólk. Á sama tíma nam verð til mjólkurbænda (frumhráefnisverð) 82,8 krónum á lítra og kostnaður við vinnslu áfrýjanda var því metinn á rétt um 18 krónur fyrir hvern lítra í útreikningum nefndarinnar.

Óumdeilt er að áfrýjandi seldi KS á lægra verðinu, en Mjólk I- og Mjólkurbúið síðar - keypti á sínum tíma á því verði sem hærra er.

Á hinu meinta brotatímabili hafði þessi munur á milli frumhráefnisverðsins og heildsöluverðs fyrir gerilsneydda mjólk hækkað fyrir hvern lítra úr u.þ.b. 7 krónum á árinu 2008 og upp í 18 krónur þegar því lauk vegna þess að verð afurðastöðva til bænda hækkaði mun minna en heildsöluverðið.

Einnig liggur nú fyrir að verðlagsnefnd búvara hóf fyrst á árinu 2014 að ákveða verð á ógerilsneyddri mjólk í lausu sérstaklega, en hætti að verðleggja gerilsneydda mjólk í lausu. Verð fyrir ógerilsneydda mjólk í heildsölu var við þessa breytingu ákvarðað nokkru lægra en

fyrir þá gerilsneyddu áður. Í fundargerð nefndarinnar frá 12. mars 2014 kemur fram að verð ógerilsneyddrar mjólkur í lausu skuli vera 91,30 kr. á lítra en sem áður segir var verðið sem ákvarðað hafi verið í nóvember 2013 fyrir gerilsneydda mjólk um 101 króna á lítra. Mjólkurhráefnisverðið hafði ekki breyst og má því draga þá ályktun að í stað 18 krónu kostnaðar áfrýjanda (í tilviki gerilsneyddrar mjólkur) félli u.þ.b. 8,5 króna til í kostnað þegar gerilsneyðingu var sleppt.

Í málinu liggur sömuleiðis fyrir að áfrýjandi seldi KS sömu afurðir gegn enn öðru verði, en þar var um að ræða það verð sem verðlagsnefnd búvara ákvað sem kaupverð af mjólkurbændum, þ.e. frumhráefnisverð. Engu var bætt við til að greiða óhjákvæmilegan kostnað við meðhöndlun afurðarinnar, umsýslu eða hlutdeild í föstum kostnaði áfrýjanda, sem miðað við áðurnefndar forsendur var á bilinu 8,5-18 krónur á lítra. Í málflutningi sínum fyrir nefndinni útskýrði áfrýjandi ástæður þess, eins og nánar verður vikið að síðar.

2.2

Samspil samkeppnislaga og búvörulaga

Í málflutningi fyrir nefndinni töldu bæði Samkeppniseftirlitið og áfrýjandi sem áður segir óumdeilt að viðskipti Mjólkur I og Mjólkurbúsins við áfrýjanda falli ekki undir undanþágur búvörulaga og um þau gildi samkeppnislög fullum fetum.

Hins vegar byggði áfrýjandi á því að ekki væri unnt að bera söluverð ógerilsneyddu mjólkurinnar til Mjólkur I saman við söluverðið til KS og Mjólkur II. Ástæður þess væru að áfrýjandi og KS hefðu gert með sér samning í júlí árið 2008 þar sem kveðið hefði verið á um ýmsar aðgerðir, m.a. verkaskiptingu á framleiðslu mjólkurafurða. Samningurinn hefði falið í sér að KS hætti að framleiða tilteknar vörur og því hefði þurft að bæta það tekju- og framlegðartap sem af þeirri heimilu verkaskiptingu hlaut. Tapið hefði meðal annars verið bætt með því að selja KS 3,5 milljón lítra af mjólk á verði sem einungis nam frumhráefnisverði, þ.e. því verði sem áfrýjandi greiddi bændum á grundvelli ákvarðana verðlagsnefndar búvara.

3

Um þýðingu undanþága búvörulaga frá samkeppnislögum

3.1

Lagagrundvöllur viðskipta með mjólk og mjólkurafurðir

Ákvæði 71. gr. laga nr. 99/1993 (Búvörulög) hljóðar svo:

„Þrátt fyrir ákvæði samkeppnislaga er afurðastöðvum í mjólkuriðnaði heimilt að sameinast, gera með sér samkomulag um verkaskiptingu milli mjólkursamlaga að því er varðar framleiðslu einstakra mjólkurvara og hafa með sér annars konar samstarf til þess að halda niðri kostnaði við framleiðslu, geymslu og dreifingu mjólkurafurða“.

Samkvæmt orðum sínum getur samstarf afurðastöðva í mjólkuriðnaði og innri ráðstafanir í tengslum við það verið undanþegið ákvæðum samkeppnislaga. Af lögskýringargögnum má sjá að tilgangurinn með þessu fyrirkomulagi var að stuðla að hagræðingu innan greinarinnar og að það yrði heimilað að stöðvarnar semdu um nokkurs konar markaðsskiptingu sín á milli sem ella hefði farið í bága við ákvæði samkeppnislaga sem banna slíkt.

Ákvörðun verðs fyrir mjólk til kúabúa og mjólkurafurða í heildsölu var að stórum hluta til sett í hendur opinberrar nefndar, verðlagsnefndar búvara. Samkvæmt 8. gr. búvörulaga skyldi nefndin ákveða lágmarksverð afurðastöðvanna fyrir mjólk sem keypt var af framleiðendum og voru almennar forsendur fyrir þeirri verðákvörðun sett í lögnum.

Á næsta almenna sölustigi, þ.e. frá afurðastöðvum til smásala, er ákvörðun verðs einnig í höndum verðlagsnefndarinnar, sbr. ákvæði 1. mgr. 7. gr. um að nefndin skyldi ákveða „verð búvara í heildsölu“. Í 13.-18. gr. laganna er svo nánar vikið að því hvernig „heildsöluverð búvara“ skuli ákveðið. Skyldi nefndin styðjast við afurðaverð til framleiðenda (hér kúabænda) og upplýsinga um kostnað við „vinnslu og dreifingu búvara“. Í 3. mgr. 13. gr., sem vikið er að nánar síðar, segir einnig:

„Þrátt fyrir ákvæði samkeppnislaga er afurðastöðvum í mjólkuriðnaði heimilt að gera samninga sín á milli um verðtilfærslu á milli tiltekinna afurða. Leggja skal slíka samninga fyrir verðlagsnefnd til upplýsingar“

Í 16. gr. laganna segir síðan:

„Verðlagsnefnd getur ákveðið að undanskilja einstakar vörutegundir verðlagningarákvæðum skv. 13. gr. þegar samkeppni er að mati nefndarinnar næg til þess að tryggja æskilega verðmyndun og sanngjarnt verðlag“.

3.2

Þýðing undanþága búvörulaga við úrlausn málsins

Í málflutningi áfrýjanda er byggt á því að ákvæði 71. gr. búvörulaga hafi þýðingu við úrlausn málsins. Ekki er hins vegar byggt á því að ákvæði 3. mgr. 13. gr. laganna skipti máli enda sé samningur áfrýjanda við KS frá 15. júlí 2008 ekki samningur um verðtilfærslu í skilningi þess

ákvæðis. Áfrýjandi kannast heldur ekki við að samningurinn hafi verið lagður fyrir verðlagsnefnd „til upplýsingar“ eins og áskilið er í 3. mgr. 13. gr. búvörulaganna.

Eins og áður segir er óumdeilt að viðskipti áfrýjanda við Mjólku I og Mjólkurbúið áttu ein og sér ekki undir undanþáguákvæði 71. gr. Áfrýjunarnefndin er sama sinnis, enda felur sú sala ekki í sér neina tengingu við undanþáguákvæðið sem heimilar afurðastöðvum í mjólkuriðnaði að „sameinast, gera með sér samkomulag um verkaskiptingu milli mjólkursamlaga að því er varðar framleiðslu einstakra mjólkurvara og hafa með sér annars konar samstarf til þess að halda niðri kostnaði við framleiðslu, geymslu og dreifingu mjólkurafurða.“ Salan til Mjólku I var ekki liður í neinu slíku samtarfi eða hagræðingaraðgerðum.

Á hinn bóginn virðast viðskipti og samstarf áfrýjanda og KS geta falið í sér þætti sem kunna að eiga undir undanþáguna í 71. gr. búvörulaga og gætu þá verið heimil.

Samkeppniseftirlitið hefur í ákvörðun sinni byggt á því að þegar af þeirri ástæðu að mjólkurverðið var mismunandi til Mjólku I og Mjólkurbúsins annars vegar og KS hins vegar liggi fyrir skýr staðfesting á því að mismunun hafi átt sér stað í skilningi c. liðar 11. gr. samkeppnislaga. Einnig telur Samkeppniseftirlitið að staðfestingu þessa megi finna í ákvörðun verðlagsnefndar búvara, þegar ákveðið var að byrja að verðleggja gerilsneydda mjólk í lausu sérstaklega, og þá lægra en þá ógerilsneyddu.

Af þessu dregur Samkeppniseftirlitið þá ályktun að verðið til Mjólku I hafi verið of hátt. Á hinn bóginn hefur áfrýjandi hér fyrir nefndinni miðað málflutning sinn við það að eina ástæðan fyrir hinu mismunandi verði til þessara aðila hafi verið eins konar uppgjör til að jafna framlegðartap sem átti sér stað á grundvelli sammings Kaupfélags Skagfirðinga og áfrýjanda og þeirri verkaskiptingu sem þar er gert ráð fyrir.

3.3

Þýðing sammings KS og áfrýjanda

Umræddur samningur frá 15. júlí 2008 lá ekki fyrir við meðferð málsins hjá Samkeppniseftirlitinu. Ekki hefur því átt sér stað nein viðhlítandi greining eða úrlausn á því hvort það samstarf, sem hann kvað á um, falli undir undanþáguákvæðið í 71. gr. eða hvort fullyrðingar um það séu á rökum reistar.

Í bréfi KS, dags. hinn 20. október 2014, sem fylgdi kæru, er greint þannig frá tilurð og tilgangi sammingsins:

„Þegar KS og MS skiptu á milli sín afurðaframleiðslu gerðist það eðlilega að annað félagið tók að sér að framleiða framlegðarháar afurðir en hitt félagið sat uppi með

framlegðarlægri vörur ... Forsenda þess að KS samþykkti að hætta framleiðslu á framlegðarháum vörum var að félagið fengi á móti að kaupa mjólk á lægra veði en ella af MS“

Er síðan í bréfinu vísað til ákvæða samningsins þar sem kveðið var á um fríðindi og sérkjör í viðskiptum sem áttu að bæta framlegðartapið, m.a. eftirfarandi:

„Til að mæta framlegðartapi KS (samsvarandi framlegðaraukningu MS) vegna breytinga á verkaskiptingu og verðtilfærslu svo og sem lið í framlegðarútfjöfnun, skal framkvæma eftirfarandi:

1. MS skal selja KS sem nemur allt að 3,5 millj. ltr. af mjólk á ársgrundvelli
2. Verðlagning mjólkurinnar skal taka mið af skráðu lágmarksverði Verðlagsnefndar búvöru fyrir meðalmjólk (afurðastöðvarverð)“

Fram kom í málflutningi áfrýjanda fyrir nefndinni að samningurinn hafi ekki falið í sér þá verðtilfærslu sem heimiluð er 13. gr. búvörulaga, heldur hefði hér verið um að ræða verkaskiptingu á milli afurðastöðva sem heimiluð sé í 71. gr. búvörulaganna. Byggt var á því að af þeim sökum væri hið lægra verð sem nefnt er hér að ofan órjúfanlegur þáttur í því samstarfi og í raun falið í sér uppgjör eða skuldajöfnun á milli aðila, sem heimilt væri samkvæmt ákvæðum búvörulaga.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar skiptir samningurinn, og ekki síður hvernig hann var framkvæmdur, verulegu máli við úrlausn málsins í ýmsu tilliti. Í fyrsta lagi snertir það beitingu samkeppnislaga andspænis búvörulögum, en í öðru lagi og ekki síður þegar metið er hvort um hafi verið að ræða verðmismunun í raun. Greining á þessum atriðum er nauðsynleg forsenda þess að unnt sé að meta hvort eða að hvaða marki afurðarstöðvarverðið samsvaraði því tapi sem aðilar samningsins töldu eðlilegt og sanngjarnt að miða við vegna verkaskiptingar sinnar. Slíkur grundvöllur er síðan nauðsynlegur til að meta hvort verðið til Mjólklu I og síðar Mjólkurbúsins hafi verið eðlilega ákveðið eða falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

4

Að mati áfrýjunarnefndarinnar er það því grundvallaratriði í málinu að rannsaka efni samnings KS og áfrýjanda frá 15. júlí 2014, og ekki síður hvernig hann hafi verið framkvæmdur. Þá ber þess að geta að það kom fram í málflutningi fyrir nefndinni að samningurinn hefði verið ítrekað endurskoðaður og uppgjör átt sér stað árlega á grundvelli

hans. Um þetta liggja hins vegar engin gögn fyrir í málinu og var ekkert nánar upplýst um við munnlegan málflutning.

Á sama hátt hefði þurft að gera frekari grein fyrir hvaða forsendur lágu til þeirrar framlegðarútgöfnunar sem ákveðin var.

Þótt sjá megi á efni samningsins í upphafi að ætlan aðila hans hafi verið að KS nyti lægra verðs á tilteknu magni af mjólk til að bæta framlegðartap sitt vegna breyttrar verkaskiptingar, liggja engin gögn fyrir um það hvernig það tölulega uppgjör varð. Af samningnum verður hvorki ráðið um þær forsendur í upphafi né hvernig uppgjóri reiddi af miðað við raunsölu afurða.

Við þetta bætist að forsendur samningsins brustu að einhverju leyti vegna þess að ekki voru gerðar þær breytingar á lagaumhverfi um verðlagningu búvara sem samningurinn þó gerði ráð fyrir og tengjast verðtilfærslu samkvæmt búvörulögum. Liggur því heldur ekki fyrir hvaða áhrif áframhaldandi lögbundin verðtilfærsla samkvæmt 22. gr. búvörulaga eða hinnar frjálsu verðtilfærslu samkvæmt 3. mgr. 13. gr. sömu laga hafði á uppgjóri milli áfrýjanda og KS.

Í málflutningi fyrir nefndinni fullyrta áfrýjandi að engar ástæður aðrar væru fyrir hinu lægra verði til KS og aðila þeim tengdum á brotatímabilinu, en tengst hefðu nettun eða uppgjóri framlegðartapsins með nokkurs konar skuldajöfnun á milli kaupfélagsins og áfrýjanda. Ekki er unnt að taka afstöðu til þeirrar málsástæðu nema sýnt sé fram á að þannig hafi það í raun gengið fyrir sig að teknu tilliti til allra forsendna viðskiptanna.

Áfrýjunarnefndin getur því ekki tekið afstöðu til meginmálsástæðu áfrýjanda nema upplýst sé um þessi atriði og sönnunargögn færð fram um réttmæti fullyrðinga sem hún styðst við.

Þótt ekki hafi komið haldbærar skýringar á því hjá áfrýjanda hvers vegna bæði samningurinn hafi ekki verið lagður fram við meðferð málsins hjá Samkeppniseftirlitinu né grundvallargögn um efndir hans og uppgjör hjá áfrýjunarnefndinni telur nefndin sér skylt á grundvelli rannsóknarreglu stjórnisýsluréttar að koma málinu í þann farveg að upplýst sé um þessi atriði. Við munnlegan málflutning skýrðist málið ekki frekar að þessu leyti.

Við svo búið telur áfrýjunarnefndin sér ekki unnt að taka efnislega afstöðu til málsins. Verður því ekki komist hjá því að ógilda hinn kærða úrskurð Samkeppniseftirlitsins og leggja fyrir eftirlitið að taka á ný afstöðu til málsins að undangenginni frekari rannsókn og að fengnum sjónarmiðum er varða þýðingu samningsins á milli áfrýjanda og KS frá 15. júlí 2008, uppgjóri á milli aðila hans og efnis á því tímabili sem meint brotastarfsemi stóð yfir. Einnig skiptir hér máli hvaða þýðingu það hafi að aðilar tengdir KS, sem þó voru ekki aðilar að umræddum samningi KS og áfrýjanda frá 2008, nutu góðs af hinu lægra verði.

Úrskurðarorð.

Hinn kærði úrskurður er felldur úr gildi. Lagt er fyrir Samkeppniseftirlitið að rannsaka málið samkvæmt ofangreindum forsendum og taka í því ákvörðun á ný að þeirri rannsókn lokinni.

Reykjavík, 16. desember 2014

Jóhannes Karl Sveinsson, formaður

Anna Kristín Traustadóttir

Stefán Már Stefánsson