

## ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

### Úrskurður í máli nr. 4/2016

**Mjólkursamsalan ehf.**

**gegn**

**Samkeppniseftirlitinu**

#### I

##### Kröfur málsaðila

Með kæru dagsettri 4. ágúst 2016 hefur Mjólkursamsalan ehf., hér eftir nefnd áfrýjandi, kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, nr. 19/2016 frá 7. júlí 2016, til áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Í hinni kærðu ákvörðun komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hefði brotið gegn 11. gr. og 19. gr. samkeppnislaga og var lögð á hann stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 480.000.000. Með heimild í 2. mgr. 16. gr. samkeppnislaga var jafnframt fyrirmælum beint til áfrýjanda í 5 liðum.

Áfrýjandi krefst þess aðallega að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Til vara krefst hann þess að henni verði breytt á þann veg að álögð stjórnvaldssekt verði felld niður og að 2. tl. ákvörðunarorðanna verði felldur brott í heild sinni. Til þrautavara krefst hann þess að álögð stjórnvaldssekt verði lækkuð verulega og að 2. töluliður ákvörðunarorða verði felldur brott í heild sinni.

Samkeppniseftirlitið krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

#### II

##### Málsmeðferð hjá Samkeppniseftirlitinu

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). 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.

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. Í framhaldinu hóf Samkeppniseftirlitið rannsókn málsins og var ákvörðun nr. 26/2014 tekin og birt áfrýjanda 22. september 2014. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála felldi þá ákvörðun úr gildi með úrskurði nefndarinnar nr. 5/2014 og lagði fyrir Samkeppniseftirlitið að taka á ný afstöðu til málsins að undangenginni rannsókn á tilteknum þáttum málsins.

Ný rannsókn Samkeppniseftirlitsins hófst 19. desember 2014 og að lokinni gagnaöflun var áfrýjanda sent andmælaskjal 22. október 2015 þar sem frumniðurstöðu eftirlitsins var lýst. Athugasemdir áfrýjanda við andmælaskjalinu bárust eftirlitinu 12. janúar 2016 og ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 19/2016 var birt áfrýjanda 7. júlí 2016.

Ákvörðunarorð hinnar kærðu ákvörðunar eru svohljóðandi:

*Mjólkursamsalan ehf. braut gegn 11. og 19. gr. samkeppnislaga með þeim aðgerðum sem nánar er lýst í ákvörðun þessari.*

1.

*Með vísan til rökstuðnings í ákvörðun þessari og með heimild í 37. gr. samkeppnislaga skal Mjólkursamsalan ehf. greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 440.000.000 vegna brots á 11. gr. samkeppnislaga.*

*Með vísan til rökstuðnings í ákvörðun þessari og með heimild í 37. gr. samkeppnislaga skal Mjólkursamsalan ehf. greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 40.000.000 vegna brots á 19. gr. samkeppnislaga.*

*Sekt skal greiðast í ríkissjóð eigi síðar en einum mánuði eftir dagsetningu þessarar ákvörðunar.*

2.

*Með vísan til rökstuðnings í ákvörðun þessari og með heimild í 2. mgr. 16. gr. samkeppnislaga beinir Samkeppniseftirlitið eftirfarandi fyrirætlum til Mjólkursamsölunnar ehf.*

2.1

*Mjólkursamsölunni ehf. er óheimilt að grípa aftur til þeirra aðgerða sem lýstar hafa verið brotlegar í ákvörðun þessari. Hið sama gildir um aðrar aðgerðir gagnvart nýjum eða núverandi keppinautum á mjólkurmarkaði sem hafa eða er ætlað að hafa samskonar áhrif.*

2.2

*Sala Mjólkursamsölunnar ehf. á hrámjólk skal vera aðskilin frá annarri starfsemi fyrirtækisins. Aðskilnaðurinn skal vera framkvæmdur þannig að unnt sé að fylgjast af skilvirkum og trúverðugum hætti með því að fyrirætlunum skv. gr. 2.3 sé fylgt eftir.*

2.3

*Mjólkursamsalan ehf. skal tryggja að sú eining fyrirtækisins sem annast sölu á hrámjólk til Mjólkursamsölunnar ehf. sjálfrar og annarra fyrirtækja gæti jafnræðis, hlutlægni og gagnsæis gagnvart öllum viðskiptavinum, þ.m.t. gagnvart annars vegar þess hluta Mjólkursamsölunnar ehf. sem annast framleiðslu og sölu á mjólkurvörum og hins vegar öðrum fyrirtækjum sem stunda sömu starfsemi. Tekur þetta til verðs og allra annarra kjara og skilmála sem gilda um umrædda sölu á hrámjólk.*

*Mismunandi viðskiptakjör, t.d. magnafsláttur, tengd sölu á hrámjólk eru aðeins heimil ef sannanlegar málefnalegar og hlutlægar ástæður standa til þess. Séu slík mismunandi kjör fyrir hendi skal Mjólkursamsalan á hverjum tíma geta sýnt fram á þau hlutlægu og málefnalegu rök sem liggja þeim til grundvallar.*

2.4

*Öll viðskiptakjör sem gilda um sölu Mjólkursamsölunnar ehf. á hrámjólk skulu birt opinberlega.*

2.5

*Mjólkursamsalan ehf. skal fela óháðum aðila að leggja árlega mat á það hvort félagið gæti jafnræðis í viðskiptum með hrámjólk í samræmi við fyrirætlun þessarar ákvörðunar.*

*Mjólkursamsalan ehf. skal innan tveggja mánaða frá dagsetningu þessarar ákvörðunar tilkynna Samkeppniseftirlitinu um tilnefningu umrædds óháðs aðila. Niðurstöður hins óháða aðila skulu vera rökstuddar og í skriflegu formi og aðgengilegar Samkeppniseftirlitinu ef það kallar eftir þeim.*

*Telji hinn óháði aðili að aðskilnaðurinn samkvæmt gr. 2.2 sé ekki í samræmi við fyrirmæli þeirrar greinar skal hann hið fyrsta vekja athygli Samkeppniseftirlitsins á því.*

#### 2.6

*Brot gegn fyrirmælum þessum varða viðurlögum skv. IX. kafla samkeppnislaga*

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

### III.

#### Málsmeðferð hjá áfrýjunarnefndinni

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins sem svar við kæru áfrýjanda barst 18. ágúst 2016. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðinni bárust áfrýjunarnefndinni 26. ágúst 2016 og svar Samkeppniseftirlitsins við þeim 30. ágúst 2016.

Mjólkurbúinu og KS var gefinn kostur á að koma á framfæri athugasemdum í málinu sem umsagnaraðilum og bárust þær 30. og 31. ágúst 2016. Þá bauðst þeim að koma fyrir nefndina og gera stuttlega grein fyrir sjónarmiðum sínum og þáðu þeir það boð.

Með úrskurði áfrýjunarnefndarinnar 15. ágúst 2016 var hafnað kröfu áfrýjanda um frestun réttaráhrifa hinnar kærðu ákvörðunar að því frátöldu að áfrýjanda var að svo stöddu ekki skylt að tilnefna óháðan aðila samkvæmt 2. mgr. tl. 2.5 í hinni kærðu ákvörðun.

Málið var flutt munnlega fyrir áfrýjunarnefndinni 1. september 2016. Eftir að hinn munnlegi málflutningur fór fram hefur verið aflað frekari gagna og skýringa frá áfrýjanda, Kaupfélagi Skagfirðinga (KS) og upphaflegum kæranda í málinu. Lauk þeirri gagnaöflun endanlega hinn 28. október sl. og er gerð grein fyrir þeim atriðum eftir því sem þörf er á í úrskurðinum. Uppkvaðning úrskurðarins hefur dregist vegna þessarar gagnaöflunar og umfangs málsins að öðru leyti.

## IV

### Röksemdir málsaðila

#### 1. Málsástæður og lagarök áfrýjanda

Áfrýjandi telur að ógilda beri hina kærðu ákvörðun vegna vanhæfis forstjóra SE til meðferðar máls áfrýjanda, sbr. 6. tl. 1. mgr. 3. gr. stjórnslulaga. Undir rekstri máls þessa og hins fyrra máls sem leiddi til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2014 hafi forstjóri SE tjáð sig með afgerandi og sérlega neikvæðum hætti um lagaumhverfi mjólkuriðnaðar og starfsemi áfrýjanda. Megi því draga í efa óhlutdrægni hans við meðferð og ákvörðun í málinu.

Þá bendir áfrýjandi á að samkvæmt 2. málsl. 5. tl. 1. mgr. 3. gr. stjórnslulaga geti starfsmaður orðið vanhæfur á grundvelli vanhæfis yfirmanns síns, enda starfa þeir í krafti valdheimilda hans. Allir starfsmenn stofnunarinnar hafa áður vikið sæti við meðferð mála þar sem forstjórinn hafi verið vanhæfur, t.d. í samrunamálum Burðaráss hf. og Straums fjárfestingarbanka hf. annars vegar og Burðaráss hf. og Landsbanka Íslands hf. hins vegar. Þar tilkynnti formaður stjórnar SE málsaðilum með bréfi dagsett 23. ágúst 2005, að forstjórinn hefði vikið sæti í málinu vegna vanhæfis og viku jafnframt allir starfsmenn eftirlitsins sæti í málunum. Hafi starfsmenn SE verið vanhæfir á grundvelli vanhæfis forstjórans í þeim málum séu þeir það einnig nú.

Áfrýjandi telur að við málsmeðferð SE hafi orðið alvarlegur misbrestur á því að gætt hafi verið að rannsóknarreglu 10. gr. stjórnslulaga, andmælarétti áfrýjanda samkvæmt 14. gr. stjórnslulaga og vönduðum stjórnsluháttum að öðru leyti.

Bendir áfrýjandi á að í fjölda tilvika hafi hann skorað á SE að afla upplýsinga um tilgreind atriði, sér í lagi vegna misskilnings stjórnvaldsins um samkomulag hans og KS um framlegðar- og verkaskiptingu, auk alvarlegs misskilning um greiðslur úr verðtilfærslusjóði, greiðslur vegna kaupa KS á Mjólku II og kostnað Mjólku I við mjólkursöfnun. Þá hafi SE látið undir höfuð leggjast að kanna með viðhlítandi hætti rekstur Mjólku I, fjárhagsstöðu þess og möguleg áhrif af meintri verðmismunum áfrýjanda. Loks virðist SE rugla saman viðskiptum áfrýjanda við tvo lögaðila sem fóru með rekstur undir merkjum Mjólku árið 2009. Þá hafi engin rannsókn farið

fram af hálfu SE á inntaki og áhrifum þeirra skilyrða í rekstri áfrýjanda til framtíðar sem ákvörðunarorð kveða á um, auk þess sem ekki hafi verið gætt að andmælarétti áfrýjanda vegna skilyrðanna.

Áfrýjandi byggir á því að í hinni kærðu ákvörðun gæti stórfellds misskilnings um gildissvið búvörulaga og afmörkun þeirra gagnvart ákvæðum samkeppnislaga. Áfrýjandi byggir því að verðlagning hans á hrámjólk til KS ásamt Mjólku II hafi verið hluti af samstarfi þessara aðila á grundvelli 71. gr. búvörulaga nr. 99/1993.

Að mati áfrýjanda felur 71. gr. laganna í sér skýra og ótvíræða undanþágu frá ákvæðum samkeppnislaga fyrir afurðastöðvar í mjólkuriðnaði til 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. Kjósi afurðastöðvar að gera með sér slíkt samkomulag og hafa með sér slíkt samstarf séu því allir þættir viðkomandi samkomulags og samstarfs undanþegnir ákvæðum samkeppnislaga. Líkt og útskýrt hafi verið af hálfu áfrýjanda og fram kemur í framlegðar- og verkaskiptasamkomulagi hans við KS, dagsett 15. júlí 2008, sem og þeim gögnum málsins sem framkvæmd þess tengjast hafi miðlun hans á hrámjólk til KS ásamt Mjólku II verið liður í að bæta tapaða framlegð vegna slíks samkomulags og samstarfs. Það liggja í hlutarins eðli að til þess að unnt sé að gera slíkt samkomulag eða viðhafa slíkt samstarf þurfi að tryggja að framlegð aðila þess breytist ekki eftir því hvaða vörur þeir taka að sér að framleiða á grundvelli þess samkomulags um verkaskiptingu eða samstarfs sem talið sé hagkvæmast og best til þess fallið að ná þeim markmiðum sem tilgreind séu í 71. gr. búvörulaga. Ef það væri ekki gert væri ekki hægt að koma á slíku samkomulagi með hámarkshagkvæmni að leiðarljósi þar sem aðilar mundu þá samhliða þurfa að taka mið af eigin framlegð og markmið 71. gr. búvörulaga þar með ekki ná fram að ganga.

Að mati áfrýjanda hafi vilji löggjafans staðið til að undanþiggja samstarf af framangreindum toga gildissviði samkeppnislaga án frekari afmörkunar á einstökum þáttum slíks samstarfs eða þeim ákvæðum samkeppnislaga sem undanþágan taki til. Sá þáttur slíks samstarfs sem lýtur að því að annar aðilinn bæti hinum tapaða framlegð í tilefni af verkaskiptingu, að því er framleiðslu einstakra mjólkurafurða varðar, falli því að mati áfrýjanda einnig þar undir.

Áfrýjandi telur ljóst 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 Mjólk II að öllu leyti innan þess.

Áfrýjandi bendir 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 gilda 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. Þá bendir áfrýjandi á að töluleg gögn sýni með ótvíræðum hætti að það mat löggjafans hafi verið á rökum reist og vísar í því sambandi til þeirrar umfangsmiklu hagræðingar sem náðst hafi í mjólkuriðnaði síðastliðinn áratug.

Áfrýjandi vísar til þess að niðurstaðan í hinni kærðu ákvörðun sé að 71. gr. búvörulaga veiti áfrýjanda ekki undanþágu frá 11. gr. samkeppnislaga í málinu. Sú niðurstaða sé í grundvallaratriðum annars vegar reist á þeirri staðhæfingu Samkeppniseftirlitsins að með samkomulaginu frá 2008 hafi KS í reynd tekið að sér að framleiða vörur með háa framlegð og áfrýjandi vörur með lága framlegð og því hafi engin rök staðið fyrir áfrýjanda til að bæta KS tapaða framlegð með miðlun á tilteknu magni af hrá mjólk á innvigtunarverði og hins vegar á þeirri staðhæfingu að þar sem verðtilfærsluákvæði búvörulaga hafi ekki verið afnumin fyrr en í árslok 2013 hafi forsendur fyrir því að bæta KS tapaða framlegð á grundvelli samkomulagsins frá 2008 brostið. Á grundvelli þessara tveggja staðhæfinga um staðreyndir málsins dragi Samkeppniseftirlitsins svo víðtækar ályktanir af gögnum þess. Áfrýjandi telur að staðhæfingar eftirlitsins séu rangar og þær víðtæku ályktanir sem dregnar séu af gögnum málsins um framkvæmd samkomulagsins frá 2008 og margvísleg önnur atriði standist ekki skoðun.

Áfrýjandi bendir á að í forsendum SE komi fram að miðlun á hrá mjólk á milli afurðastöðva sem gert hafa með sér samkomulag um verkaskiptingu að því er varðar framleiðslu einstakra mjólkurvara eða hafa með sér annars konar samstarf til þess að halda niðri kostnaði við framleiðslu, geymslu og dreifingu mjólkurafurða geti í eðli sínu verið hluti af slíku samstarfi og þar með fallið undir undanþágu 71. gr. búvörulaga. Enn fremur komi þar fram að jöfnun á framlegð aðila vegna þeirrar verkaskiptingar sem komið sé á með slíku samkomulagi kunni að vera nauðsynleg

og þar með falla undir fyrrgreinda undanþágu. Með vísan til þessa sem og alls þess sem fram hefur komið í málinu telji áfrýjandi sýnt að miðlun hans á hrámjólk til KS ásamt Mjólkku II hafi verið órjúfanlegur hluti af samstarfi á grundvelli 71. gr. búvörulaga og þar með undanþegin ákvæðum samkeppnislaga. Þar með sé rangt að sala á sömu afurð til aðila utan þess samstarfs á skráðu verði mjólkur í lausu máli ákveðnu af verðlagsnefnd búvara geti talist vera misnotkun á markaðsráðandi stöðu í skilningi c-liðar 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Slík niðurstaða sé í fullkominni andstöðu við umrætt ákvæði búvörulaga eins og það sé réttilega skýrt með vísan til lögskýringagagna og þess tilgangs sem því sé ætlað að þjóna.

Áfrýjandi byggir á því að sá markaður sem Samkeppniseftirlitið telji að áfrýjandi starfi á sé ranglega skilgreindur, auk þess sem algerlega skortir á að skilgreina þann markað eða þá markaði þar sem áhrif meintrar ólögmætrar háttsemi áfrýjanda eiga að koma fram.

Að mati áfrýjanda sé það grundvallaratriði, ef staðreyna eigi ólögmæta verðmismunun, að slík niðurstaða byggji á skýrum og afgerandi markaðsskilgreiningum, bæði að því er varði þá markaði sem hið brotlega fyrirtæki sé talið markaðsráðandi á, auk þeirra markaða þar sem áhrif af broti markaðsráðandi fyrirtækis komi fram.

Áfrýjandi bendir meðal annars á að skoða verði hvaða vörur geti mögulega komið að öllu eða verulegu leyti í stað hrámjólkur í hlutaðeigandi viðskiptum. Þannig þurfi að rannsaka hvort aðrar vörur hafi sambærilega eiginleika og hrámjólk, hvort verð sé áþekkt og hvað viðskiptavinir hyggist fyrir með kaupum á hlutaðeigandi vöru og öðrum mögulega sambærilegum vörum. Þessi grundvallarrannsókn hafi ekki farið fram af hálfu Samkeppniseftirlitsins, þrátt fyrir að áfrýjandi hafi ítrekað bent á skort á rannsókn.

Einnig bendir áfrýjandi á að atvik sem kunna að leiða í ljós hinn skilgreinda markað geti m.a. verið sönnun um nýlega staðgöngu, víxlteygni eftirspurnar, skoðanir viðskiptavina og keppinauta, markaðsrannsóknir, takmarkanir og kostnaður tengt því að skipta yfir í hugsanlegar staðgönguvörur og mismunandi einkenni/þarfir viðskiptavina. Í málinu hafi ekkert þessara atvika verið kannað við vinnslu markaðsskilgreininga Samkeppniseftirlitsins. Rannsókn eftirlitsins sé haldin



verulegum ágalla að þessu leyti og markaðir þeir sem mál þetta varði því að ranglega skilgreindir með afmörkun við hrámjólk (ógerilsneydda).

Áfrýjandi byggir á því að markaðsskilgreining Samkeppniseftirlitsins sé ófullnægjandi og niðurstaðan röng. Í fyrsta lagi séu til staðar staðgönguvörur hrámjólkur sem nýta megi til framleiðslu á mjólkurvörum þeim sem Mjólka I/Mjólkurbúið framleiða. Markaðurinn sé því stærri en sá sem eftirlitið skilgreini. Í öðru lagi sé rangt að skilgreina markaðinn sem heildsölumarkað í stað hefðbundinnar sölu. Á þeim markaði starfi einnig 650 mjólkurframleiðendur sem selja eða geta selt nákvæmlega sömu vöru og áfrýjandi. Ekkert í viðskiptaskilmálum Auðhumlu hindri framleiðendur í að selja öðrum og Auðhumla hafi kappkostað að setja slíka skilmála með hliðsjón af skoðunum eða athugasemdum Samkeppniseftirlitsins. Í þriðja lagi starfa Mjólka I og Mjólkurbúið ekki á sama vörumarkaði og samstarfsaðilar áfrýjanda, þ.e. KS og Mjólka II, en í hinni kærðu ákvörðun sé hvergi að finna skilgreiningu á þeim mörkuðum sem hlutaðeigandi aðilar starfi á og verðlagning áfrýjanda varði sérstaklega.

Áfrýjandi byggir á því Samkeppniseftirlitinu hafi ekki tekist sönnun þess að áfrýjandi hafi viðhaft ólögmdæta verðmismunun, sbr. c-lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Bendir áfrýjandi á að ágreiningslaust sé að um sölu á hrámjólk hafi verið að ræða, þ.e. sömu vöru, en viðskiptavinum áfrýjanda hafi ekki verið mismunað að nokkru leyti, enda áttu ótengdir viðskiptavinir ekki tilkall til hlutdeildar í framlegð áfrýjanda og KS og Mjólka II. Hin umdeildu viðskipti hafi heldur ekki verið sambærileg og viðskiptavinum hafi ekki verið mismunað með ólíkum skilmálum.

Þá gefi gögn málsins engar vísbendingar um að samkeppnisstaða Mjólku I eða Mjólkurbúsins hafi verið veikt vegna viðskipta þeirra við áfrýjanda. Gögn málsins staðfesti að fjárhagsstaða þessara aðila hafi batnað þegar fyrirtækin hættu að safna mjólk frá bændum og hófu að kaupa hrámjólk af áfrýjanda. Áfrýjandi vísar til allra þeirra sjónarmiða sem áður hafa komið fram af hans hálfu í málinu að því er 11. gr. samkeppnislaga varðar og meinta misnotkun áfrýjanda á markaðsráðandi stöðu.

Áfrýjandi telur að fyrirtækið hafi ekki haft þá sterku stöðu á markaði eins og staðhæft sé í hinni kærðu ákvörðun. Hið rétta sé að mjólkuriðnaður í heild sinni geti í ákveðnum tilvikum verið undanþeginn ákvæðum samkeppnislaga. Sú undanþága

eigi við um alla aðila sem uppfylla skilyrði þeirra lagaákvæða sem undanþáguna veita, hvort sem það væri áfrýjandi eða Mjólka I/Mjólkurbúið.

Áfrýjandi bendir á að líkt og kveðið sé á um í c-lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga felist í verðmismunun að viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra þannig veikt. Orðalagið geri þannig kröfu til þess að sá sem heldur því fram að markaðsráðandi fyrirtæki hafi beitt verðmismunun verður að sanna að sú mismunun hafi haft þau áhrif á samkeppni að hlutaðeigandi aðili hafi hlotið veikari samkeppnisstöðu á þeim markaði sem sá aðili starfi á. Áfrýjandi telur að Samkeppniseftirlitinu hafi ekki tekist að sanna það brot sem fyrirtækinu sé gefið að sök.

Áfrýjandi bendir á að viðskipti hans við KS/Mjólku II annars vegar og Mjólkurbúið/Mjólku I hins vegar geti ekki talist samskonar, m.a. vegna þeirrar framleiðslu- og verkaskiptingar sem hafi verið viðhöfð á milli áfrýjanda, KS og Mjólku II. Áfrýjandi bendir á að þrátt fyrir að verð til samstarfsaðila hans annars vegar og Mjólku I/Mjólkurbúsins hins vegar hafi ekki verið þau sömu, þá hafi í raun enginn munur verið á skilmálum áfrýjanda til þessara aðila. Sá munur hafi þó verið á, vegna hlutdeildar KS og Mjólku II í framlegð af vörum áfrýjanda, að uppgjör þeirrar hlutdeildar hafi m.a. farið fram með nettun á móti afhentri hrámjólk. Þetta komi skýrlega fram í samkomulagi aðila vegna framlegðar- og verkaskiptingar, sem ítrekað hefur verið vikið að. Þessi munur á viðskiptum við samstarfsaðila annars vegar og Mjólku I/Mjólkurbúið hins vegar hafi því komið til af réttmætum og rekstrarlegum ástæðum. Hafi því ekki verið um mismunun að ræða sem braut gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Áfrýjandi mótmælir öllum ávirðingum Samkeppniseftirlitsins um verðþrýsting eða ólögsmæt viðskiptakjör. Áfrýjandi bendir á að verðlagning hans hafi tekið mið af ákvörðun verðlagsnefndar um verð á mjólk í lausu máli. Enginn greinarmunur hafi verið gerður á þeim tíma á gerilsneyddri og ógerilsneyddri mjólk. Einnig bendir áfrýjandi á að mjólk í lausu máli sé ekki gerilsneydd nýmjólk ætluð til neyslu og sölu á smásölumarkaði, auk þess sem ekki hafi verið til sérstök skilgreining á afurðinni á rannsóknartímabili málsins. Þá hafi Samkeppniseftirlitið engar sönnur fært á það að 10,5% álagning hafi falið í sér ólögsmæt viðskiptakjör. Þá hafi hvorki Mjólka I né Mjólkurbúið verið háðar áfrýjanda um hrámjólk. Áfrýjandi vísar til þess að ríkar

kröfur séu gerðar í samkeppnisrétti til sönnunar á því að viðskiptavinir eða keppinautar séu háðir markaðsráðandi aðila um tilgreinda vöru eða þjónustu.

Þá byggir áfrýjandi á því að öll upplýsingagjöf til Samkeppniseftirlitsins í tengslum við rannsókn þá sem leiddi til ákvörðunar eftirlitsins nr. 26/2014 hafi verið í samræmi við skyldur félagsins skv. 19. gr. samkeppnislaga. Hið sama eigi við um upplýsingagjöf áfrýjanda í tengslum við rannsókn Samkeppniseftirlitsins sem hafi lokið með ákvörðun nr. 17/2010. Áfrýjandi hafi frá upphafi og í öllum samskiptum við eftirlitið, hvort heldur í þessu máli eða öðrum, sýnt fullan samstarfsvilja.

Frá upphafi hafi verið á því byggt að verðlagning áfrýjanda til KS og Mjólkú II hafi verið hluti af samstarfi þessara aðila á grundvelli 71. gr. búvörulaga og eðli samstarfsins hafi verið lýst ítarlega. Í málatilbúnaði áfrýjanda hafi komið skýrt fram að miðlun hrámjólkur til KS ásamt Mjólkú II á innvigtunarverði hafi verið hluti af samstarfi þessara aðila á grundvelli 71. gr. búvörulaga og liður í að jafna mun á framlegð fyrirtækjanna vegna þeirrar verkaskiptingar sem komið var á þeirra á milli með umræddu samstarfi. Samkeppniseftirlitið hafi aldrei óskað eftir frekari upplýsingum eða gögnum um umrætt samstarf aðila og áfrýjandi hafi því verið í góðri trú um að eftirlitið teldi þær upplýsingar og þau gögn sem látin voru í té fullnægjandi í því sambandi.

Þá telur áfrýjandi að umfjöllun Samkeppniseftirlitsins um þennan þátt málsins gefi ranga mynd af upplýsingagjöf hans í tengslum við rannsókn þess máls sem hafi lokið með ákvörðun nr. 26/2014. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins um meint brot áfrýjanda gegn 19. gr. samkeppnislaga sé því röng. Telur áfrýjandi að með vísan til rannsóknarreglunnar í 10. gr. stjórnsýslulaga að þær ítarlegu lýsingar á samstarfinu sem áfrýjandi lét Samkeppniseftirlitinu í té undir rannsókn málsins hafi gefið eftirlitinu fullt tilefni til að kalla eftir frekari upplýsingum og gögnum, hefði stofnunin talið að slíkar upplýsingar og gögn kynnu að hafa þýðingu við úrlausn málsins eða að fram komnar upplýsingar um samstarfið væru ekki fullnægjandi.

Áfrýjandi bendir á að engin frumkvæðisskylda hafi hvílt á honum að láta umræddan samstarfssamning af hendi. Áfrýjandi hefði afhent Samkeppniseftirlitinu samninginn ef óskað hefði verið eftir því og hafi áfrýjandi verið í góðri trú um að hann hefði upplýst um samstarfið með fullnægjandi hætti. Í versta falli kunni hér að

hafa verið um ónákvæma upplýsingagjöf, sem geti ekki talist brot gegn 19. gr. samkeppnislaga eða grundvöllur viðurlaga.

Áfrýjandi telur niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins um beitingu viðurlaga vera ranga og mótmælir bæði álagningu sekta og þeim aðgerðum sem kveðið sé á um í hinni kærðu ákvörðun. Telur áfrýjandi að í niðurstöðu eftirlitsins um fjárhæð sektar sé litið fram hjá veigamiklum atriðum er varða atvik máls og rekstrarfyrirkomulag áfrýjanda.

Áfrýjandi vísar til þeirra fjölmörgu sjónarmiða sem séu fyrir hendi í málinu og benda til þess að fella eigi niður sekt í málinu eða í öllu falli lækka hana verulega. Meðal þess sé eðli og umfang hinna meintu brota og að meint brot stöfuðu af gáleysi en ekki ásetningi og megi rekja til áhrifa flókins regluverks í greininni. Þá gefi tímalengd meintra brota ekki tilefni til þyngingar viðurlaga.

Þá telur áfrýjandi að ekki beri að líta til veltu áfrýjanda við ákvörðun viðurlaga. Þau sjónarmið, að líta til veltu brotlegs aðila við ákvörðun hæfilegrar sektar, taki mið af „hefðbundnum“ fyrirtækjum sem ætlað sé að skila hluthöfum sínum hagnaði og vera arðbær. Áfrýjandi sé alls ekki ætlað slíkt hlutverk. Þvert á móti eiga tekjur og gjöld í ársuppgjöri áfrýjanda að jafnast út, þannig að tryggt sé að bæði bændur og neytendur skipti með sér öllum þeim ávinningi sem búvörulögum sé ætlað að tryggja. Sjónarmið samkeppnisréttarins um að líta beri til veltu brotlegs aðila eiga því ekki við í tilfalli áfrýjanda.

Áfrýjandi mótmælir því að í hinni kærðu ákvörðun sé honum sett þungbær skilyrði í rekstri sínum varðandi viðskipti með hrá mjólk. Bendir áfrýjandi á að hann hafi hvorki fengið gætt andmæla né hafi Samkeppniseftirlitið rannsakað með viðhlítandi hætti víðtæk áhrif skilyrðanna. Áfrýjandi telur að eftirlitinu bresti valdheimildir til setningar skilyrðanna. Þá telur áfrýjandi að skilyrðin séu með öllu óþörf og gangi lengra en nauðsyn krefji. Beri því að fella 2. tölulið ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar á brott í heild sinni.

Þá telur áfrýjandi að íhlutun hinnar kærðu ákvörðunar sé úr hófi og gangi lengra en þörf sé á til að ná settu markmiði. Einnig telur áfrýjandi að Samkeppniseftirlitinu bresti lagaheimild til þeirrar íhlutunar sem felst í skilyrðum 2. töluliðar ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar. Íhlutun í eignarrétt verði að eiga sér skýra lagastoð og brýna nauðsyn þurfi að liggja til grundvallar slíkum aðgerðum

opinberra aðila. Áfrýjandi telur 2. mgr. 16. gr. samkeppnislaga ekki veita slíka heimild, sér í lagi eins og máli þessu sé háttað.

Þá bendir áfrýjandi á að eigi að gilda skilyrði í rekstri áfrýjanda um að hann skuli í eigin framleiðslu eiga viðskipti með hrá mjólk eins og um viðskipti við ótengdan aðila sé að ræða, þá verði löggjafinn að gera breytingu á ákvæðum búvörulaga. Verði það ekki gert eigi áfrýjandi ekki annarra kosta vöð, vegna rekstrarlegra forsendna, en að ganga gegn lagalegum skuldbindingum samkvæmt búvörulögum og kaupa einvörðungu þá mjólk af bændum sem hann hafi þörf fyrir í rekstri sínum. Verði skilyrði þessu hrint í framkvæmd muni það því setja í uppnám skyldu áfrýjanda til að kaupa alla þá mjólk af kúabændum sem aðrir kaupa ekki. Ætla megi að áhrifin á allt fyrirkomulag í mjólkuriðnaði verði af þessum sökum víðtæk. Áfrýjandi bendir á að verðlagsnefnd búvara hafi þegar ákvarðað verð á hrá mjólk. Verða hin settu skilyrði Samkeppniseftirlitsins því með öllu óskiljanleg. Brjóti áfrýjandi gegn ákvörðunum verðlagsnefndar búvöru komi til viðurlaga á grundvelli búvörulaga. Með hinum íþyngjandi skilyrðum virðist Samkeppniseftirlitið því hafa farið út fyrir valdsvið sitt.

## **2. Málsástæður og lagarök Samkeppniseftirlitsins**

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á að forstjóri og starfsmenn eftirlitsins hafi verið vanhæfir til að leysa úr málinu. Vísar Samkeppniseftirlitið m.a. til hlutverks þess samkvæmt lögum og að það sé í samræmi við hlutverk eftirlitsins að taka þátt í opinberri umræðu um samkeppnismál og birta álit og skýrslur um það málefni. Eðli málsins samkvæmt geti falist í slíku annars vegar gagnrýni á gildandi lagaumhverfi sem eftirlitið telji hamla samkeppni og vinna gegn hag almennings og hins vegar tillögur til úrbóta. Einnig sé það í samræmi við hlutverk eftirlitsins að svara spurningum fjölmiðla um álit og ákvarðanir í einstökum málum. Slíkt málsvarahlutverk sé mikilvægur hluti af starfsemi samkeppnisyfirvalda.

Telur Samkeppniseftirlitið að sú umfjöllun eftirlitsins sem áfrýjandi telji að valdi vanhæfi forstjóra og starfsmanna stofnuarinnar sé í samræmi við lögmaelt hlutverk hennar. Umfjöllunin beindist að skaðlegum áhrifum þess á samkeppni að í lögum sé maelt fyrir um nánar tiltekið fyrirkomulag og um nauðsyn þess að gera breytingar. Umfjöllunin hafi ekki tekið til þess máls sem hér sé til úrlausnar né fólst í henni neikvætt viðhorf til áfrýjanda.

Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að eins og lýst sé í hinni kærðu ákvörðun, og gögn málsins beri með sér, hafi farið fram viðamikil gagnaöflun í kjölfar úrskurðar áfrýjunarnefndar í máli nr. 5/2014. Upplýsinga og gagna hafi verið aflað frá áfrýjanda, Auðhumlu, KS, Mjólku II, Samtaka afurðastöðva í mjólkuriðnaði og Mjólkurbúinu. Þá lágu fyrir í málinu gögn sem aflað var í hinu eldra máli. Ritað hafi verið ítarlegt andmælskjal og áfrýjanda gefinn kostur á að tjá sig um rökstutt frummat Samkeppniseftirlitsins á bæði atvikum málsins og lagalegum þáttum þess. Við þessa málsmeðferð hafi verið gætt að formreglum stjórnisýslulaga með fullnægjandi hætti.

Samkeppniseftirlitið byggir á því að ákvæði 71. gr. búvörulaga heimili áfrýjanda ekki að selja hrámjólk til KS og Mjólku II á lægra verði en til keppinauta á grundvelli samstarfs aðilanna. Ákvæðið heimili verkaskiptingu og samstarf í því skyni að halda niðri kostnaði við framleiðslu, geymslu og dreifingu mjólkurafurða. Ákvæðið taki hvorki til söfnunar á mjólk frá bændum né heildsölu á hrámjólk til einstakra afurðastöðva. Þá heimili ákvæðið ekki að í samningi afurðastöðva um verkaskiptingu sé kveðið á um jöfnun framlegðar enda gerðu ákvæði búvörulaga ráð fyrir að slík tilfærsla á framlegð færi fram með öðrum hætti. Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að jafnvel þó að það yrði talið heimilt að jafna framlegð á milli afurðastöðva, sem eigi í samstarfi á grundvelli 71. gr. búvörulaga, þá sé sala á hrámjólk á lægra verði til samstarfsaðila hvorki í samræmi við það markmið sem stefnt hafi verið að með breytingum á búvörulögum né markmiðum samkeppnislaga. Einnig bendir Samkeppniseftirlitið á að framlegð KS hafi verið töluvert meiri en framlegð áfrýjanda í kjölfar samstarfsins.

Samkeppniseftirlitið bendir á að samningur áfrýjanda og KS frá júlí 2008 hafi að meginstefnu falið í sér að áfrýjandi hafi tekið að sér framleiðslu ferskvára en að KS einbeitti sér í staðinn að framleiðslu birgðavara en að sú fyrirætlan hafi ekki að öllu leyti gengið eftir.

Samkeppniseftirlitið byggir á því að framlegð KS hafi ekki dregist saman í kjölfar samkomulagsins við áfrýjanda. Þvert á móti hafi áfrýjandi og KS samið um að KS hætti framleiðslu á ferskvöru, sem almennt beri lága framlegð, eins og drykkjarmjólk, og einbeitti sér þess í stað að framleiðslu á birgðavöru, sem almennt beri háa framlegð. Telur Samkeppniseftirlitið að ekki leiki vafi á að 11. gr.

Samkeppnislaga taki til áfrýjanda í þessu máli og vísar til kafla II í hinni kærðu ákvörðun um það.

Samkeppniseftirlitið bendir á að aðalatriðin í tengslum við skilgreiningu markaðarins sé að mál þetta varði heildsölu á hrámjólk og sé þessi vara grundvallarhráefni fyrir framleiðslu á mjólkurvörum eins og drykkjarmjólk, ostum, jógúrti, skyri o.fl. Að ekkert hráefni komi í stað hrámjólkur sem grundvallarhráefni við framleiðslu á mjólkurvörum. Að áfrýjandi sé í eigu nánast allra mjólkurframleiðenda á Íslandi og safni frá þeim hrámjólk og flytji í fimm mjólkurstöðvar. Auk yfirburða í viðskiptum með mjólk sé áfrýjandi eitt stærsta dreifingarfyrtæki landsins. Að fyrir liggi að áfrýjandi hafi selt Mjólk I og II, KS og Mjólkurbúinu hrámjólk í heildsölu sem þessir aðilar (og áfrýjandi sjálfur) nota til að framleiða mjólkurafurðir. Alþekkt sé í samkeppnisrétti að heildsala á tiltekinni vöru geti myndað sérstakan markað. Í ljósi framangreinds telur Samkeppniseftirlitið rökrétt að skilgreina vörumarkaðinn sem heildsölu á hefðbundinni hrámjólk til vinnslu.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á það með áfrýjanda að hægt sé að skilgreina markaðinn sem sölu á hrámjólk til vinnslu og að áfrýjandi sé í raun í samkeppni við alla eigendur sína (þ.e. þá 650 mjólkurbændur sem séu félagsmenn í Auðhumlu sem eigi áfrýjanda) og geti því ekki verið markaðsráðandi. Bendir Samkeppniseftirlitið á að bændur séu frumframleiðendur og starfi á öðru sölustigi auk þess sem þjónusta þeirra sé ekki sambærileg við það sem áfrýjandi veiti kaupendum á hrámjólk. Um mögulega staðgöngu hrámjólkur við önnur hráefni bendir Samkeppniseftirlitið á að reglugerð nr. 851/2012 um mjólkurvörur undirstriki mikilvægi hrámjólkur sem grundvallarhráefnis fyrir mjólkurvöruframleiðslu og staðfesti að ekki geti önnur hráefni komið til sem staðgönguvörur fyrir hrámjólkina.

Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að gögn málsins sýni að varla sé unnt að tala um marktæka samkeppni í mjólkurvöruframleiðslu við samstæðu áfrýjanda, a.m.k. ekki frá árinu 2010. Telur Samkeppniseftirlitið að gögn málsins sýni þá gríðarlegu yfirburði sem áfrýjandi búi yfir þegar litið sé til markaðshlutdeildar en hún sé það há (þegar tengdir aðilar séu meðtaldir) að nánast sé um einokun að ræða.

Samkeppniseftirlitið byggir á því að gögn málsins sýni að hrámjólkin sem áfrýjandi seldi hinum tengdu aðilum hafi verið verðlögð undir kostnaði og að ekkert hafi

komið fram í málinu sem að sýni að þetta sé rangt mat hjá eftirlitinu. Samkeppniseftirlitið bendir á að brot á 11. gr. samkeppnislaga sé ekki háð því að sýnt sé fram á skaðleg áhrif á samkeppni. Hafi bæði áfrýjunarnefnd samkeppnismála og dómstólar ítrekað hafnað öndverðri túlkun markaðsráðandi fyrirtækja. Sama túlkun sé lögð til grundvallar af bæði EFTA-dómstólnum og dómstóli ESB. Í hinni kærðu ákvörðun sé rökstutt að aðgerðir áfrýjanda hafi verið til þess fallnar að raska samkeppni og hafi falið í sér alvarlegt brot á 11. gr. samkeppnislaga.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er kjarni málsins sá að salan á hrámjólk á hinu lága verði til KS hafi verið aðgerð sem hafi verið til þess fallin að veikja Mjólku I sem keppinaut eða koma því félagi út af markaði. Áfrýjandi sé í einstaklega sterkri stöðu og skyldur hans samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga séu því ríkar en eins og hin kærða ákvörðun beri með sér hafi hegðun áfrýjanda ekki verið í samræmi við þær skyldur.

Samkeppniseftirlitið telur í ljós leitt að áfrýjandi hafi beitt Mjólku I og síðar Mjólkurbúið ólögmætri verðmismunun við heildsölu á hrámjólk. Hafi þessi ótengdu fyrirtæki þurft að greiða mun hærra verð fyrir þetta hráefni heldur en KS, Mjólka II og áfrýjandi sjálfur. Hafi þessi mismunun í hráefnisverði verið til þess fallin að veikja Mjólku I sem keppinaut áfrýjanda og tengdra félaga og hafi stuðlað að því að þáverandi eigendur félagsins hafi neyðst til að selja það til KS. Einnig hafi verðmismunurinn verið til þess fallinn að veikja með ólögmætum hætti stöðu Mjólkurbúsins. Eftir að Mjólka I hafi komist í eigu KS hafi félagið, þá Mjólka II, fengið hrámjólk á allt öðru og lægra verði en áður frá áfrýjanda, en þegar félagið hafi verið keppinautur áfrýjanda og KS á mjólkurvörumarkaði.

Samkeppniseftirlitið telur að áfrýjandi hafi brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga annars vegar með því að halda því ranglega fram í bréfi frá 13. febrúar 2013 að „*KS hefur fært sig úr framleiðslu á vörum með hærri framlegð í vörur með lægri framlegð.*“ og hins vegar með því að hafa ekki afhent Samkeppniseftirlitinu við meðferð málsins þrjá nánar tilgreinda samninga áfrýjanda við KS.

Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins um síðara atriðið, þ.e. samningana, byggir á því að áfrýjanda hafi ekki getað dulist mikilvægi umræddra samninga fyrir atvik málsins og að honum hafi verið skylt að koma umræddum upplýsingum á framfæri við Samkeppniseftirlitið í ljósi fyrirspurna þess. Bendir Samkeppniseftirlitið á að við



meðferð þess máls sem leiddi til fyrri ákvörðunar eftirlitsins nr. 26/2014 hafi áfrýjandi hvorki afhent samkomulagið frá júlí 2008 né hina tvo samningana sem vísað sé til í hinni kærðu ákvörðun. Þá vísaði áfrýjandi aldrei við meðferð eldra málsins til þess að áfrýjandi og KS hefðu gert með sér skriflega samninga um tilhögun samstarfsins. Byggði Samkeppniseftirlitið á því að í svörum áfrýjanda hefði hann veitt fullnægjandi upplýsingar um tilhögun samstarfs hans við KS og Mjólku II.

Samkeppniseftirlitið hafnar því að hafa brotið gegn ákvæðum stjórnarsýslulaga með því að beina þeim fyrirmælum til áfrýjanda sem fram koma í hinni kærðu ákvörðun. Bendir eftirlitið á að 16. gr. samkeppnislaga veiti víðtækar heimildir til að grípa til aðgerða í kjölfars brots á meðal annars 11. gr. samkeppnislaga. Samkvæmt 2. mgr. 16. gr. geta þannig aðgerðir eftirlitsins falið í sér „*hverjar þær ráðstafanir sem nauðsynlegar eru til að efla samkeppni, stöðva brot eða bregðast við athöfnum opinberra aðila sem kunna að hafa skaðleg áhrif á samkeppni.*“ Slíkum aðgerðum sé samkvæmt ákvæðinu ætlað að vera „*árangursríkar*“ en þær verða að byggja á málefnalegum sjónarmiðum og vera í samræmi við meðalhóf. Samkeppniseftirlitið telur að fyrirmæli hinnar kærðu ákvörðunar séu í samræmi við framangreindar kröfur.

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 eftirlitið 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. Álögð sekt í málinu sé hófleg og langt innan leyfilegra 10% marka eða um 1,6% af veltu áfrýjanda á árinu 2015.

Vegna brots áfrýjanda gegn 19. gr. samkeppnislaga telur Samkeppniseftirlitið, með vísan til alvarleika brotsins sem hafi tafið meðferð málsins auk hliðsjónar af almennum og sérstökum varnaðaráhrifum, nauðsynlegt að leggja 40 milljóna króna sekt á áfrýjanda samkvæmt i. lið 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga.

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

## V

### NIÐURSTAÐA

#### 1. Fyrri úrskurður nefndarinnar

##### 1.1

Mál sem á rót sína að rekja til sömu atvika kom áður til kasta áfrýjunarnefndar samkeppnismála árið 2014 og lauk með úrskurði í desember 2014 (mál 5/2014).

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins var ógilt vegna þess að málið taldist ekki nægjanlega upplýst fyrir nefndinni og fram höfðu komið gögn sem ekki lágu fyrir þegar Samkeppniseftirlitið fjallaði um málið í upphafi.

##### 1.2

Í hinum fyrri úrskurði nefndarinnar var tekin afstaða til þess að verðlagsnefnd búvara hefði í raun ekki tekið ákvörðun um verð á ógerilsneyddri mjólk í lausu máli. Staðfesti formaður verðlagsnefndar þetta með bréfi hinn 10. desember 2013 og var um það fjallað á verðlagsnefndarfundum í kjölfarið. Verðlagsnefndin hafði hins vegar tekið ákvarðanir um verð á gerilsneyddri mjólk á því tímabili sem hér skiptir máli, en við það verð hafði sala áfrýjanda á ógerilsneyddri mjólk til Mjólku I miðast.

KS (og síðar Mjólka II) keypti fyrirfram ákveðið magn af ógerilsneyddri mjólk af áfrýjanda á sama tímabili á öðru og lægra verði. Mismunurinn nam 8,5–18 krónum á líter. Í hinni kærðu ákvörðun Samkeppniseftirlitsins er það reiknað saman að ef litið er á verðmuninn sem niðurgreiðslu þá hafi sú fjárhæð numið 239 milljónum króna á tímabilinu sem um ræðir. Er þar bæði tekið tillit til sölu til mjólkurafurðarstöðvar KS og Mjólku II sem KS keypti síðla árs 2009.

##### 1.3

Nefndin taldi í fyrri úrskurði sínum að það gæti skipt máli, þegar metið væri hvort í þessum verðmun gæti falist mismunurinn á markaðsráðandi stöðu í skilningi c. liðar 11. gr. samkeppnislaga, hver ástæða mismunarins væri. Einkum þyrfti að liggja skýrt fyrir hvort og að hvaða marki KS og áfrýjandi hefðu ætlað sér að jafna breytta afkomu í kjölfar verkaskiptingar á milli félaganna árið 2008.

Hin breytta verkaskipting fólst í meginatriðum í því að KS hætti að vinna og selja mjólk (nýmjólk, léttnjólk og súrmjólk), en keypti þess í stað óunna mjólk af MS til að

framleiða osta og sambærilegar vörur. Áfrýjunarnefndin lagði til grundvallar að verkaskipting sem þessi virtist heimil samkvæmt 71. gr. búvörulaga og að lögin gerðu ráð fyrir að það yrði óátalið þótt afurðastöðvar semdu um markaðsskiptingu sín á milli, sem ella hefði farið í bága við ákvæði samkeppnislaga.

#### 1.4

Í fyrri úrskurði nefndarinnar var ekki tekin afstaða til þess hvort heimilt væri í samningi um verkaskiptingu eða samstarfi á milli afurðastöðva að kveða á um sérstakar greiðslur sem leiddu af breyttri afkomu. Var bent á sérstök ákvæði í búvörulögum um heimildir til að gera samninga um verðtilfærslu, sbr. 3. mgr. 13. gr. laganna og einnig væri kveðið á um sérstaka lögbundna verðtilfærslu samkvæmt 22. gr. laganna þar sem afurðastöðvum sem framleiddu vöru með lægri framlegð væri bætt að einhverju marki með framlögum þeirra sem hærri framlegð hefðu.

Í málflutningi í hinu fyrra máli miðaði áfrýjandi við að hinn umdeildi samningur hans við KS hefði ekki sótt heimild í 3. mgr. 13. gr. búvörulaga. Áfrýjandi, og einnig KS sem sendi nefndinni athugasemdir, töldu að ástæðan fyrir hinu lægra verði til KS á hrámjólkinni hefði eingöngu verið tilkomin vegna þess að KS hafi tekið að sér við verkaskiptinguna að framleiða vörur með lægri framlegð en áfrýjandi hefði tekið að sér.

#### 1.5

Eins og fram kemur í hinni áfrýjuðu ákvörðun telur Samkeppniseftirlitið að síðastnefnd skýring áfrýjanda standist alls ekki. Frekari rannsókn hafi leitt það í ljós að KS hafi við verkaskiptinguna látið frá sér sölu á vöruflokkum sem voru með lægri framlegð og tekið við framleiðslu vara með hærri framlegð. Hagur félagsins hafi því batnað við verkaskiptinguna. Engin þörf hafi því verið á bótum því tjón hafi ekkert orðið.

Til viðbótar þessu telur Samkeppniseftirlitið að ávinningur KS og dótturfélagsins Mjólk II af framkvæmd samkomulagsins hafi numið 391 milljónum króna. Þar af megi rekja 239 milljónir króna til niðurgreiddrar hrámjólkur, 270 milljónir til niðurfelldra afsláttu og 58 milljónir til niðurfellingar á skuld Mjólk II við áfrýjanda. Á móti kom hins vegar að verðtilfærsla til KS varð 176 milljónum króna minni á tímabilinu en ella hefði orðið.

Áfrýjandi mótmælir þessari framsetningu á hinni fjárhagslegu niðurstöðu og hefur tínt til ýmsar skýringar á fjárhagsfærslum í viðskiptum áfrýjanda og KS sem nánar verður vikið að hér síðar.

## 1.6

Áfrýjunarnefndin telur að það liggi nú fyrir nægjanleg gögn og skýringar til þess að úrskurða megi um kæru áfrýjanda.

## 2

### Um brot gegn 11. gr. samkeppnislaga

#### 2.1

Mál þetta fjallar um meint brot áfrýjanda á samkeppnislögum. Áfrýjandi er eina fyrirtækið hér á landi sem selur hrámjólk í heildsölu til annarra mjólkurvöruframleiðenda, ásamt því að nýta hana til eigin framleiðslu. Áfrýjandi er talin taka við um 90% af þeirri hrámjólk sem bændur framleiða. Samkeppniseftirlitið telur að áfrýjandi sé í nánnum tengslum við næst stærsta fyrirtækið á mjólkurmarkaði, KS.

Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins er að áfrýjandi hafi með mjög alvarlegum hætti brotið samkeppnislög. Hafi keppinautar áfrýjanda þurft að sæta því að fá mjólk, sem er grundvallarhráefni við gerð mjólkurvara, á óeðlilega háu verði. Á hinn bóginn hafi áfrýjandi sjálft og tengdir aðilar fengið þetta hráefni á mun lægra verði. Hafi ekki verið nóg með að KS og Mjólk II (dótturfyrirtæki KS) fengju hrámjólkina á þessu mun lægra verði heldur hafi hún auk þess verið verðlögð af áfrýjanda undir kostnaði. Telur Samkeppniseftirlitið að áfrýjandi sem sé í markaðsráðandi stöðu, hafi mismunað viðskiptamönnum sínum án þess að nokkrar hlutlægar ástæður réttlættu þá mismunun. Er brot áfrýjanda að þessu leyti einkum talið varða við 11. gr. samkeppnislaga. Í hinni áfrýjuðu ákvörðun Samkeppniseftirlitsins er einnig fjallað um önnur meint brot áfrýjanda og hefur nánari grein verið gerð fyrir þeim í fyrri hluta úrskurðar þessa.

## 2.2

Eins og fyrr greinir hóf áfrýjandi starfsemi í núverandi mynd árið 2007. Allar helstu afurðastöðvar í mjólkuriðnaði (að KS undanskildu) og Osta- og smjörsalan runnu saman í eina samsteypu, Auðhumlu svf. (hér eftir Auðhumla) og áfrýjanda. Auðhumla er samvinnufélag í eigu um 600 mjólkurframleiðenda um land allt. Auðhumla hefur það hlutverk að taka við mjólk frá félagsmönnum sínum og umbreyta í mjólkurafurðir sem eru seldar á markaði á Íslandi og erlendis. Það gerir félagið með aðkomu sinni og eign í áfrýjanda. Auðhumla er móðurfélag áfrýjanda. Auðhumla hóf starfsemi í byrjun árs 2007. Samkvæmt fyrstu árskýrslu fyrirtækisins var talið að yfir 90% af mjólkurbændum á Íslandi væru félagar í Auðhumlu.

Áfrýjandi hefur lýst sér sem „rekstrarfélagi mjólkuriðnaðarins á Íslandi“ og hefur það hlutverk að annast m.a. móttöku, framleiðslu, dreifingu og sölu á mjólkurafurðum. Áfrýjandi er sagt í eigu Auðhumlu (90%) og KS (10%).

KS er samvinnufélag í blönduðum rekstri. Fram kemur í skjölum málsins að ein af helstu rekstrareiningum félagsins sé mjólkurafurðarstöð. Starfsemi KS og áfrýjanda er eins að því leyti að bæði félögin kaupa tiltekið hráefni (ógerilsneydda hrámjólk - hér eftir hrámjólk) og vinna úr því mjólkurafurðir sem síðan eru ýmist seldar til endurseljenda eða endanotenda. Á mjólkurmarkaði áttu sér stað samráð og umtalsverð viðskipti á milli KS og áfrýjanda með hrámjólk og mjólkurafurðir.

Afurðastöðin Mjólka ehf. (hér eftir nefnd Mjólka I) hóf starfsemi árið 2005. Mjólka I var einnig kaupandi að hrámjólk og í upphafi stundaði fyrirtækið framleiðslu á fetaosti. Fyrirtækið hóf síðan framleiðslu á öðrum mjólkurafurðum, þ.e. jógúrti, sýrðum rjóma, rifnum osti, skyri og skyrtertum. Mjólka I var sjálfstæður samkeppnisaðili annarra afurðastöðva út árið 2009 er KS yfirtók félagið. Eftir að framgreindur samruni kom til framkvæmda varð Mjólka I í 100% eigu KS (og nefnist eftir það Mjólka II). Hefur Mjólka II framleitt m.a. fetaost og sýrðar mjólkurvörur. Kaupir Mjólka II hrámjólk af áfrýjanda.

Helsti eigandi Mjólku I stofnaði ásamt öðrum nýtt fyrirtæki, Mjólkurbúið. Hóf fyrirtækið vinnslu og sölu á mjólkurafurðum á árinu 2010, m.a. ostum og sýrðum rjóma. Bæði Mjólka I og Mjólkurbúið hafa keypt hrámjólk af áfrýjanda.

## 2.3

Áfrýjandi og KS gerðu með sér svonefnt „Framlegðar og verkaskiptasamkomulag“ sem var undirritað 15. júlí 2008.

Í 1. gr. sammingsins segir:

*„Svo unnt verði að koma á frekari verkaskiptingu í mjólkuriðnaði, og ná nauðsynlegri lækkun á vinnslu- og dreifingarkostnað mjólkurvara, skulu sammingsforsendur stuðla að jöfnun framlegðar milli mjólkurvara. Þetta skal gert í þeim tilgangi að þeir lögaðilar sem standa að eignarhaldi og rekstri MS ehf., hafi sambærilega rekstrarafkomu við vinnslu mjólkur, óháð þeirri verkaskiptingu afurðastöðva eins og hún kann að verða ákveðin hverju sinni með hagsmuni greinarinnar í heild sinni að leiðarljósi“*

Í A hluta samkomulagsins er fjallað nánar um breytingar á framleiðsluskipulagi og verkaskiptingu. Samkvæmt því skyldi framleiðsla og pökkun á ferskvörum og súrmjólk hætt hjá KS. Nánar tiltekið var áformað að KS hætti framleiðslu á nýmjólk, léttmjólk, undanrennu, rjóma, mysu og súrmjólk (bæði með og án íblöndunar), sbr. tl. A-2.1 og 2.2. Áfrýjandi átti að taka við framleiðslu þessara vara fyrir framleiðslu- og þjónustusvæði KS.

Hins vegar var gert ráð fyrir að framleiðsla osta yrði aukin hjá KS, sbr. tl. A-2.3 og 2.4. Þannig var t.d. tækjabúnaður til framleiðslu á rifnum osti, sem Osta- og smjörsalan hafði áður notað, fluttur til KS á Sauðárkróki.

Í B hluta samkomulagsins er kveðið á um framlegðarskipti mjólkurvara. Fram kemur að áfrýjandi og KS séu sammála um að framlegðarskipti verði framkvæmd milli fyrirtækjanna á grunni mjólkurvara og hráefnis. Síðan segir:

*„FORSENDUR*

*VERÐTILFÆRSLA MJÓLKURVARA:*

*a) Gert er ráð fyrir að verðtilfærsla mjólkurvara verði aflögð, bæði lögbundin tilfærsla sem og verðtilfærsla SAM sem framkvæmd hefur verið skv. heimildarákvæðum laga nr. 99/1993.*

*b) Í byrjun er þó gert ráð fyrir innheimtu og útgreiðslu lögbundinnar verðtilfærslu skv. lögum nr. 99/1993. Jafnframt er gert ráð fyrir því (svo) verðtilfærsla SAM leggist af, og er stuðst við áhrif þess í útreikningum sem samningur þessi byggir á.*

[

]

<sup>1</sup> Trúnaðarmál.

*MAGN HRÁMJÓLKUR FRÁ MS TIL KS OG VERÐLAGNING ÞESS:*

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

- 1. MS ehf. skal selja KS sem nemur allt að 3,5 millj. lt. af mjólk á ársgrunni.*
- 2. Verðlagning mjólkurinnar skal taka mið af skráðu lágmarksverði Verðlagsnefndar búvöru fyrir meðalmjólk (afurðastöðvaverð). Ofan á skráð lágmarksverð skulu bætast lítratengd sjóðagjöld (Lögbundin verðtilfærsla og Verðmiðlunarsjóðsgjald meðan lagaskylda er til staðar). Ekki skal leggja fast álag ofan á framangreint verð mjólkurinnar eins og tíðkast hefur skv. ákvörðun SAM. Á sama hátt skal verðleggja hráundanrennu og hrárfjóma í viðskiptum aðila, ef til þeirra kemur.*
- 3. Kostnaður af flutningi hráefnis milli aðila (viðbótarkostnaður umfram söfnunarkostnað mjólkur) skal skiptast jafnt milli aðila (50/50). Kostnaður skal reiknast skv. samtals eignum km. í hverjum mánuði með hráefni milli aðila.“*

Þá er í samkomulaginu kveðið á um gagnkvæma sölubóknun (hér eftir umboðslaun) fullunninna mjólkurvara í viðskiptum á milli samningsaðila, sbr. d og e-liði 2. gr. Þau viðskipti fólu í sér einkasölurétt með fullunnar mjólkurvörur áfrýjanda og KS til þriðja aðila á aðgreindu landsvæði hvors annars og fyrir það fengust greidd umboðslaun eða veittur afsláttur eftir því hvor átti í hlut, sbr. d og e lið samningsins hér á eftir.

**2.4**

Ekki er ágreiningur um að samkeppnislög eigi við um hin umdeildu viðskipti með þeim fyrirvara um sérákvæði. Þannig hafa búvörulög nr. 99/1993 að geyma sérákvæði sem varða atvik þessa máls og niðurstöðu. Þessi ákvæði eru einkum að finna í 3. mgr. 13. gr. sem hljóðar svo;

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

og ákvæði 71. gr. hljóðar sem 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.*

Í kafla 3.1.3. og 3.1.4. í hinni kærðu ákvörðun eru rakin saga og ýmsar forsendur fyrrgreindra lagaákvæða. Hér er ástæða til að geta 20. gr. laga nr. 112/1992 sem var undanfari fyrrgreindrar 71. gr. búvörulaga og hljóðaði svo:

*Framleiðsluráði landbúnaðarins og afurðastöðvum í mjólkuriðnaði er heimilt að gera samkomulag um verkaskiptingu milli mjólkursamlaga að því er varðar framleiðslu einstakra mjólkurvara fyrir innlandan og erlendan markað. Í slíku samkomulagi er heimilt að kveða á um verðtilfærslu til að jafna framlegð mismunandi framleiðslutegunda á milli mjólkurbúa. Fimmannanefnd getur gripið inn í verðtilfærslu milli afurða telji hún það nauðsynlegt. Verðtilfærsla má aldrei verða hærri fjárhæð en sem svarar hráefnisverði hvernar afurðar. Samkomulagið öðlast ekki gildi fyrr en landbúnaðarráðherra hefur staðfest það.*

Síðastgreint ákvæði gefur til kynna að samfara verkaskiptingu hafi verið gert ráð fyrir jöfnun framlegðar með tilteknum hætti. Hvað sem því líður er fyrrgreint ákvæði 71. gr. búvörulaganna nú við það miðað að með samkomulagi um verkaskiptingu sé kostnaði haldið niðri. Kostnaðarlækkun leiddi ekki ótvírætt af samkomulaginu frá 2008 en ákveðin jöfnun framlegðar fór fram á milli þeirra afurðarstöðva sem um ræðir í málinu. Samkomulagið gerir þó tvímælalaust ráð fyrir að verkaskiptingin sé nauðsynleg til að ná fram nauðsynlegri lækkun á vinnslu- og dreifingarkostnaði mjólkurvara.

Rétt er því að líta svo á að með verkaskiptingunni hafi verið leitast við að ná fram lækkun á kostnaði við framleiðsluna til framtíðar. Forsendur samkomulagsins um verkaskiptingu voru hins vegar að komið yrði á ákveðinni framlegðarjöfnun milli þeirri afurðarstöðva sem í hlut áttu. Þessa forsendu má telja eðlilega og nauðsynlega til að ná fram samningum um sjálfa verkaskiptinguna og þar með þeirri kostnaðarlækkun sem samkomulagið gerði ráð fyrir að henni fylgdi. Ber að telja að fyrrgreint ákvæði 71. gr. búvörulaganna heimili verkaskiptingarsamkomulag með þessum hætti.

Þá telst rétt að líta svo á að ákvæði síðari málsgreinar 3. mgr. 13. gr. um að leggja samninga fyrir verðlagsnefnd til upplýsingar feli hvorki í sér skilyrði fyrir beitingu 13. gr. né 71. gr. laganna.



Niðurstaðan er því sú að 71. gr. búvörulaga tekur til samninga milli afurðarstöðva um verkaskiptingu og heimilar þá, að því marki sem þeir eru gerðir til að halda kostnaði í skefjum. Þetta gildir jafnvel þó að þeir geri ráð fyrir jöfnun á framlegð. Þrengir hún því gildissvið samkeppnislaga að sama skapi. Þetta á við um þann samning og viðbótarsamninga sem í málinu greinir ef að öðru leyti var réttilega að honum staðið en um það verður síðar rætt.

## 2.5

Aðila greinir á um hvort heimilt hafi verið að útfæra verkaskiptinguna með þeim hætti sem gert var með samkomulaginu frá 2008 og í eftirfarandi viðbótarsamningum. Þá greinir m.a. á um hvort beita mátti svonefndum framlegðarjöfnuði með þeim hætti sem í málinu greinir.

Hér er þess að geta að þótt orðasambandið *jöfnun framlegðar* sé e.t.v. ekki skýrt í öllum tilvikum er einhvers konar réttlát jöfnun á framlegð á milli þeirra fyrirtækja sem gera með sér verkaskiptingu til að halda kostnaði niðri rökrétt aðferð til að auðvelda samninga um verkaskiptingu og ná þannig þeim markmiðum sem 71. gr. búvörulaga er reist á. Í málinu hefur verið upplýst að framlegðarskiptasamningurinn frá 2008 hafi haft það að markmiði að jafna svonefnda framlegð 1 en þar er átt við að framlegð mjólkur væri sambærileg áður en tekið væri tillit til vinnslu-, markaðs- og stjórnunarkostnaðar. Jafnframt kemur þar fram að verkaskiptingin og jöfnun framlegðar sé nauðsynleg til að ná fram lækkun kostnaðar.

Eins og áður greinir er niðurstaðan sú að 71. gr. búvörulaga útiloki ekki verkaskiptingasamninga milli afurðarstöðva af því tagi sem í málinu greinir. Þetta gildir þótt verkaskipting fari fram með þeim hætti að útreiknuð töpuð framlegð annars fyrirtækisins sé bætt af hinu fyrirtækinu. Þetta gildir þó einungis að því marki sem framlegðarjöfnuður þeirra telst málefnalegur og hafi ekki augljóslega verið gerður í öðrum tilgangi en hér hefur verið nefndur.

## 2.6

Í samkomulaginu frá 2008 er gengið út frá nálgun á heildarframlegð af eigin framleiðslu, þ.e. framlegð (1). Áfrýjandi hefur á það bent að skilningur aðila samkomulagsins hafi verið sá að því og síðari samningum hafi einnig verið ætlað að tryggja að aðilar hefðu sem jafnasta framlegð (1) af hverjum innvegnum mjólkurlíttra.

Í samkomulaginu frá 2008 var gert var ráð fyrir því að heildsölutekjur KS myndu lækka um [ ]<sup>2</sup> milljónir króna og að breyting á verðtilfærslutekjum við það að KS færði sig yfir í framlegðarlægri vörur myndi nema um [ ]<sup>3</sup> milljónum króna eða samtals um [ ]<sup>4</sup> milljónir króna lækkun á tekjum KS á ársgrundvelli. Þessu til viðbótar kom [ ]<sup>5</sup> milljón króna leiðrétting til viðbótar vegna verkaskiptingar á markaði. Frá þessu var svo dregin fjárhæð sem nam áhrifum breyttrar verkaskiptingar á aðra vörunotkun og sölu og dreifingarkostnað að fjárhæð um [ ]<sup>6</sup> milljónum þannig að eftir stóð þá fjárhæð sem áfrýjandi var talin þurfa að bæta.

Í málinu liggja fyrir ákveðnar skýringar á útreikningi verðtilfærslunnar, sbr. m.a. yfirlýsingu SAM frá 26. júlí 2016 og fyrrgreindri [ ]<sup>7</sup> milljón króna leiðréttingu sem að ofan er getið, sbr. m.a. bréf undirritað af Pálma Vilhjálmsyni 4. ágúst 2016. Með hliðsjón af því og öðrum gögnum máls þessa verður hvorki litið svo á að Samkeppniseftirlitin hafi tekist að sanna eða gera líklegt að þessar forsendur samkomulagsins frá 2008 hafi verið rangar eða að öðru leyti ómálefnalegar.

## 2.7

Sú jöfnun framlegðar sem framkvæmd var fór einkum fram með þeim hætti að áfrýjandi seldi KS um 3,5 milljónir lítra á innvigtunarverði (skráð lágmarksverð Verlagsnefndar fyrir meðalmjólk (afurðarstöðvarverð), eins og segir í samningnum frá 2008) og segir áfrýjandi að það hafi haldist að meginstefnu til á meðan samningarnir voru í gildi. Jöfnun framlegðar fór einnig fram með ákvæðum um gagnkvæmar sölubóknanir eins og síðar verður minnst á. Áfrýjandi fullyrðir að þessar upphaflegu forsendur hafi staðist að langmestu leyti á samningstímanum og aðeins hafa þurft að framkvæma óverulegar breytingar sé tekið mið af umsvifum aðila.

Áfrýjandi hefur lýst því að á gildistíma samkomulagsins hafi framlegð (1) þróast með hliðsjón af öllum aðstæðum og ef hallaði á annan hvorn aðilann í framlegð (1) hafi leiðréttingar til hægðarauka verið framkvæmdar með breytingum á gagnkvæmri sölubóknun í stað þess að hrófla við fyrrgreindu magni mjólkur á innvigtunarverði.

---

<sup>2</sup> Trúnaðarmál

<sup>3</sup> Trúnaðarmál

<sup>4</sup> Trúnaðarmál

<sup>5</sup> Trúnaðarmál

<sup>6</sup> Trúnaðarmál

<sup>7</sup> Trúnaðarmál

Ekki er annað upplýst í málinu en að sama eða svipuð aðferð hafi verið notuð við þær leiðréttingar.

Sú aðferð sem notuð var, þ.e. að selja hrámjólk á tilteknu lágu verði til að jafna framlegð í tilefni af verkaskiptingu, er ekki bönnuð samkvæmt búvörulögum. Hún er ein af mörgum aðferðum sem til greina getur komið til að jafna framlegð við svipaðar aðstæður og greinir í þessu máli.

Verður því lagt til grundvallar að umræddir samningar um að jafna framlegð í tilefni af verkaskiptingu hafi rúmast innan 71. gr. búvörulaga og því verið heimil.

## 2.8

Verkaskiptingin samkvæmt samkomulaginu frá 2008 fól í sér að framleiðsla og pökkun á ferskvörum og súrmjólk yrði hætt hjá KS. Áformað var að KS hætti framleiðslu á nýmjólk, léttmjólk, undanrennu, rjóma, mysu og súrmjólk (bæði með og án íblöndunar). Áfrýjandi átti að taka við framleiðslu þessara vara fyrir framleiðslu- og þjónustusvæði KS. Hins vegar var gert ráð fyrir að KS legði áherslu á framleiðslu fastra osta og viðbits úr þeirri fitu sem til félli við ostagerð. Þá átti KS m.a. að tryggja nægjanlegt framboð þeirra ostategunda sem þurfti til framleiðslu á rifnum osti í neytendapakkingar undir merkjum MS.

Ekki verður annað séð en að þessi verkaskipting hafi að miklu leyti gengið eftir og að sögn talsmanns áfrýjanda gildir hún enn í dag. Það á þó ekki við að öllu leyti um rjóma því að árið 2011 virðist hann hafa verið framleiddur af KS en þó eingöngu í lausu máli til hagsbóta fyrir dótturfélag KS, þ.e. Mjólk II. Ekki verður þó talið að þessi framleiðsla hafi fallið undir verkaskiptasamning aðila. Samkeppniseftirlitið heldur því einnig fram Mjólk II hafa framleitt súrmjólk og tekið við þeirri framleiðslu af KS en því hefur áfrýjandi mótmælt og telur að samkomulagið hafi einnig að þessu leyti verið haldið. Er ekki unnt að leggja þessa staðhæfingu Samkeppniseftirlitsins til grundvallar í málinu.

Af þessum ástæðum verður hér lagt til grundvallar að ákveðin og nægjanlega skýr verkaskipting hafi komist á milli viðkomandi afurðarstöðva og hafi haldist a.m.k. í öllum aðalatriðum á hinu meinta brotatímabili.

## 2.9

Þá má sjá þess merki að samkomulagið frá 2008 hafi ekki komið strax til framkvæmda enda var ekki gert ráð fyrir því. Í 5. gr. segir að samkomulagið „*og forsendur framlegðarútreikninga, skal endurskoðað 1. janúar ár hvert.*“ Fyrsta endurskoðunin skyldi því fara fram 1. janúar 2009. Þó gat annar hvor eða báðir sammingsaðilar óskað eftir endurskoðun ákvæða sammingsins fram að þeim tíma. Einnig kemur fram að verði breytingar á búvörulögum sem snerta verðlagningu, sjóðagiöld eða aðra efnisþætti laganna sem snert geta afkomu áfrýjanda og KS skuli einstök efnisatriði samkomulagsins tekin til endurskoðunar. Þá er tekið fram að samkomulagið sé ekki uppsegjanlegt „*enda er það hluti af hluthafasamkomulagi aðila frá 15. júlí 2008.*“

Þá er og upplýst að verðtilfærsla sú sem gert er ráð fyrir í samkomulaginu frá 2008 hafi ekki verið aflögð fyrr en löngu síðar. Á hinn bóginn heldur áfrýjandi því fram að það skipti ekki máli þar sem tillit hafi verið tekið til þess með leiðréttingum á framlegð samkvæmt síðari samningum. Endurskoðunarákvæði samkomulagsins frá 2008 hafi einmitt gengið út á það.

Í munnlegum málflutningi fyrir áfrýjunarnefndinni var upplýst að umræddar forsendur samkomulagsins frá 2008 hafi verið endurskoðaðar með reglulegu millibili og þá leiðréttar forsendur samkomulagsins eftir því sem efni þóttu til, m.a. vegna breyttra aðstæðna við sölu og söludreifingu. Leiðréttingarnar hafi einkum farið fram á þann hátt að umboðslaun til sammingsaðila hafi verið leiðrétt eftir því sem efni hafi staðið til en fleiri aðferðir voru þó notaðar. Þá var enn fremur upplýst að leiðréttingarnar hafi farið fram á grundvelli ýmissa reikningslegra gagna málsins, m.a. tölvupóstum milli forsvarsmanna aðila, og endað að lokum með einhvers konar samkomulagi milli þeirra.

Telja verður að verðtilfærsluna og endurskoðunina hafi mátt framkvæma með þessum hætti með þeim fyrirvara sem áður segir að jöfnun á framlegð sé eðlileg og réttlátt miðað við aðstæður. Í þessu sambandi er haft í huga að fyrrgreind verðtilfærsla er annars eðlis og hefur annan tilgang en sú framlegðarjöfnun sem stefnt var að. Verður litið svo á að taka hafi mátt tillit til verðtilfærslanna við framlegðarjöfnun á þann hátt sem gert var.

Í framhaldi af þessu má fallast á skýringar áfrýjanda fyrir því að lítratengd sjóðagjöld skipti ekki máli fyrir niðurstöðu þessa máls. Einnig teljast ósannaðar fullyrðingar Samkeppniseftirlitsins um að fallið hafi verið frá skuldum á óeðlilegum grundvelli eða umboðslaunum. Hið sama gildir um kredit sölureikninga KS til áfrýjanda. Telst því ósannað að þeir hafi ekki verið liður í útreikningum um framlegðarjöfnuð milli aðila samkomulagsins.

## 2.10

Hér verður gerð stutt grein fyrir helstu endurskoðunarsamningum sem gerðir voru til að leiðrétta og halda gangandi fyrrgreindri verkaskiptingu og jöfnun á framlegð.

**Samkomulag um verkaskiptingu og framlegð sem dagsett er 2. mars 2010.** Þar segir:

*„Með samningi aðila um verkaskiptingu frá 15. júlí 2008 og með samningi frá 26. febrúar 2009 er lagður grunnur um verkaskiptingu samningsaðila til aukinnar einföldunar og til hagræðingar fyrir báða aðila.*

*Aðilar eru sammála um eftirfarandi:*

- 1. Að leggja til grundvallar verka- og framlegðarskiptingu frá upphafi árs 2010 og á samningstímanum eins og hún var framkvæmd árið 2009. KS framleiðir osta, viðbit og rifost úr hráefni frá KS og MS, auk þess sem KS fær mjólkurhráefni frá MS- svæðinu upp á 2,5 til 3,5 milljónir lítra árlega.*
- 2. Að reiknuð hráefnisvöntun fyrir árin 2007-2009 til KS frá MS sé talin uppgærd við upphaf árs 2010. KS lýsir því yfir að félagið geri ekki fjárhagslega kröfu á MS vegna vöntunar á hlutfallslegri framlegð vegna árána 2007, 2008 og 2009.*
- 3. Óbreytt verði samkomulag frá 26.2.2009 um að sölubóknun KS á árunum til og með 2011 skuli vera að hámarki [ ]<sup>8</sup> milljónir með breytingum. En um það er nú samkomulag að þessi tala verði hækkuð í [ ]<sup>9</sup> milljónir fyrir árið 2010 og greiðst (svo) mánaðarlega. Eftir árið 2010 tekur hún breytingum frá [ ]<sup>10</sup> millj. kr í samræmi við breytingar á vinnslu- og dreifingarkostnaði mjólkur, eins og hann ákvarðast af verðlagsnefnd búvöru hverju sinni, (viðmiðunardagur 1. janúar 2010).*
- 4. Þrátt fyrir lið nr. 1 og 3 gildir eftirfarandi með það að markmiði að hækka hlutdeild MS í heildarframlegð greinarinnar.*
  - a. Framlegðarhækkun I í greininni á samningstímanum af vörum sem framleiddar eru hjá MS gengur til MS á samningstímanum. Markmiðið er að hækka hlutdeild MS í heildarframlegð greinarinnar.*

<sup>8</sup> Trúnaðarmál

<sup>9</sup> Trúnaðarmá.

<sup>10</sup> Trúnaðarmál

*b. Markaðshækkun á rifnum ostum skal framkvæmd fyrir lok júní 2010 um ca. 4% og gengur hún til KS enda er búið að semja um hækkun á sölukostnaði [(úr )]<sup>11</sup>, (sértæk hækkun).*

*c. Allar markaðshækkunir á framleiðsluvörum ganga til framleiðsluaðila.“*

Þá eru og önnur ákvæði í þessu samkomulagi sem virðast ekki tengjast beint því álitafni sem um ræðir í málinu. Samkomulaginu var ætlað að gilda til ársloka 2011.

**Minnispunktur MS og KS frá 28. apríl 2010.** Í undirrituðum minnispunktum áfrýjanda og KS frá 28. apríl 2010 kemur m.a. fram að „samkomulag um að verkaskiptingu og framlegð“ eins og segir í samkomulagi frá 2. mars 2010 gildi til ársloka 2015 í stað ársloka 2011. Umboðslaun KS til áfrýjanda í samkomulagi frá 2. mars 2010 eru lækkuð og verkaskipting helst óbreytt.

**Viðaukasamningur, dagsettur 24. júní 2010.** Um er að ræða samkomulag þess efnis að gildistími samnings frá 2. mars 2010 framlengist til ársloka 2015. Nýtt samkomulag um að sölubóknun KS til áfrýjanda verði 90 milljónir kr. miðað við 2010. Kveðið er á um að hrámjólmagn frá áfrýjanda til KS út samningstímann skuli vera 3,5 milljónir lítra árlega frá og með árinu 2010. Öll önnur ákvæði samnings frá 2. mars 2010 voru óbreytt, m.a. verkaskipting milli aðila eins og hún var þar tilgreind.

**Viðauki frá 27. ágúst 2010.** Í viðaukanum felst að umboðslaun (sölubóknun) að fjárhæð [ ]<sup>12</sup> milljónir kr. á mánuði, er KS var gert að greiða til MS samkvæmt samningi frá 28. apríl 2010, skuli felld niður á tímabilinu 1. janúar 2010 til 31. desember 2012. Óljóst er um forsendur þessa viðauka.

Ekki verður betur séð en að með flestum þessara gerninga hafi fyrra samkomulag verið staðfest og ákveðnar leiðréttingar verið gerðar sem miðuðust í aðalatriðum við að hvort fyrirtæki hefði sömu framlegð við vinnslu mjólkur þrátt fyrir verkaskiptinguna.

## 2.11

Samkeppniseftirlitið hefur haldið því fram að verkaskipting áfrýjanda og KS hafi haft það í för með sér að KS tók til við að framleiða framlegðarháar vörur í ríkari mæli en

<sup>11</sup> Trúnaðarmál

<sup>12</sup> Trúnaðarmál

áður og að framleiðsla á ferskvöru með lága framlegð hafi verið flutt til áfrýjanda. Þær staðreyndir hafi ekki kallað á að bæta hafi þurft þá verkaskiptingu með því að selja KS hrámjólk á mun lægra verði en til ótengdra keppinauta. Enn fremur er talið að þrátt fyrir framangreinda verkaskiptingu hafi ávinningur áfrýjanda og KS verið tryggður í gegnum gagnkvæma sölu á framleiðsluvörum hvors annars og umboðslaunum sem tengja markaðslega hagsmuni og ávinning félaganna saman gagnvart minni keppinautum á markaði.

Í samkomulaginu frá 2008 er gengið út frá nokkuð skýrri verkaskiptingu þar sem samningsaðilar leitast við að jafna framlegð af eigin framleiðslu með þeim hætti sem áður hefur verið lýst. Jöfnun framlegðar fór síðan eftir því hvaða vörur voru framleiddar á hverjum tíma og í hvað magni auk þess sem lagfæra þurfti samninginn að öðrum breyttum aðstæðum. Var gengið út frá því að slík jöfnun færi fram með árlegri endurskoðun og þá eftir atvikum með breyttu samkomulagi. Er upplýst að ákvæði um sölubóknun voru einkum notuð til að ná fram þeirri jöfnun sem upphaflega samkomulagið gerði ráð fyrir að þessu leyti. Þó er augljóst að síðari samningar voru notaðir til að gera upp önnur mál aðila, sbr. fyrrgreindan viðauka frá 27. ágúst 2010.

Telja verður að þær upplýsingar, sem á var byggt í upphafi, og það kerfi endurskoðunar, sem gert var ráð fyrir í byrjun og síðar var notað, hafi í heild falið í sér aðgerðir sem voru réttlætanlegar með tilliti til aðstæðna. Gögn málsins, einkum skýrsla KPMG frá 28. ágúst 2016 um framlegðarskipti áfrýjanda og KS, þykja styðja að svo hafi verið. Þetta á m.a. við um þær forsendur að verkaskiptingin hafi í upphafi verið óhagstæð KS og að síðari framkvæmd hafi sýnt að framlegðin jafnaðist út.

Samkeppniseftirlitið hefur ekki sýnt fram á með rökum að gengið hafi verið út frá röngum forsendum í verulegum atriðum í upphafi eða að síðari leiðréttingar á framlegðinni hafi ekki stuðst við efnisrök eða verið óeðlilegar um atriði sem máli skipta. Við mat á þessu verður og að hafa í huga að krefjast verður ríkrar sönnunar í máli sem þessu sem fjallar um mjög íþyngjandi og m.a. refsikenndar ákvarðanir.

Niðurstaðan er því sú að ekki hefur verið sýnt fram á nein þau atriði við forsendur eða framkvæmd umrædds framlegðar- og verkaskiptasamkomulags frá 2008 eða síðari samninga sem geti orðið grundvöllur sektarákvörðunar í málinu.

Aðila greinir á um aðild Mjólku II að samstarfi þeirra á grundvelli 71. gr. búvörulaga. Eins og áður segir var Mjólka II dótturfélag KS og í 100% eigu þess frá árslokum 2009. Samkeppniseftirlitið telur m.a. að Mjólka II hafi ekki gert neina samninga við áfrýjanda og því geti miðlun hrámjólkur til félagsins á lægra verði ekki verið hluti af verkaskiptingunni. Áfrýjandi mótmælir þessu og telur að Mjólka II hafi verið hluti samstarfsins.

Í bréfi Mjólku II til Samkeppniseftirlitsins, dagsett 12. febrúar 2015 segir svo:

*„Mjólka naut góðs af verkaskiptingarsamkomulagi (svo) KS og MS líkt og fram hefur komið þrátt fyrir að Mjólka hafi ekki gerst formlegur aðili að framlegðar og verkaskiptingarsamkomulagi KS og MS frá 15. júlí 2008. Byggði það aðallega á munnlegum samningum en einnig minnisblaði undirrituðu af KS og MS að Mjólka tæki þátt í verkaskiptingarsamkomulagi KS og MS. Vegna þessa voru ákveðnar framleiðslueiningar Mjólku færðar til svo auka mætti hagkvæmni í mjólkuriðnaði. Eru skyrtertur Mjólku nú framleiddar af MS á Akureyri og mozzarella framleidd á Egilsstöðum af MS. Rifostagerð hefur hins vegar verið flutt á Sauðárárkók (svo) þar sem KS rífur ost og pakkar fyrir Mjólku. Framleiðsla á fetaosti og sýrðum rjóma ásamt pökkun á ferskum rjóma er hins vegar ennþá á starfsstöð Mjólku í Hafnarfirði.“*

Framangreint minnisblað sem Mjólka II vísar til var undirrituð annars vegar af áfrýjanda og hins vegar af KS þann 3. september 2010. Í minnisblaðinu, sem undirritað var af áfrýjanda, kemur fram að aðilar hafi verið sammála um að „gerður verði“ framleiðslusamningur milli Mjólku II og MS í september 2010. Segir einnig að gengið verði út frá því að áfrýjandi framleiði fyrir Mjólku II aðrar mjólkurvörur en rifost og að skoða eigi sameiginlega dreifingu með hagkvæmni að leiðarljósi á árinu 2011. Fram kemur að framleiðsla á mozzarellaosti hafi þegar verið hætt hjá Mjólku II og að hann sé framleiddur af áfrýjanda á Egilsstöðum og rifostur hjá KS Sauðárkróki. Þá er tekið fram í minnisblaðinu að aðilar muni fara yfir það í samræmdu framleiðsluskipulagi sem nær til Mjólku eins og hafi verið milli áfrýjanda og KS. Umræddur framleiðslusamningur virðist þó ekki hafa verið gerður. Í minnisblaðinu, sem undirritað var af KS kemur m.a. fram að aðilar séu sammála um að gerður verði framleiðslusamningur milli Mjólku II og áfrýjanda fyrir lok september 2010 og að skoða eigi sameiginlega dreifingu með hagkvæmni að leiðarljósi á árinu 2011.



Leggja má til grundvallar í málinu að framleiðsla Mjólku II var að stórum hluta flutt til áfrýjanda annars vegar, þ.e. rifostaframleiðslan og hins vegar til KS, þ.e. mozarellaframleiðslan og skyrkökuframleiðslan.

Þegar litið er til þess sem að ofan greinir og haft í huga að Mjólka II er dótturfélag í fullri eigu KS er eðlilegt að líta svo á að fyrirtækið hafi verið aðili að umræddu samstarfi KS og áfrýjanda. Ljóst er að samstarf aðila um verkaskiptingu tók þá mið af hinum nýju framleiðsluvörum. Er ekki annað upplýst í málinu en að notaður hafi verið sami grundvöllur til framlegðarjöfnunar og áður.

Af framansögðu leiðir að Mjólka II varð aðili að framlegðar- og verkaskiptingarsamkomulagi áfrýjanda og KS og gefur framkvæmdin við þá aðild ekki tilefni til frekari umfjöllunar.

### 2.13

Samkeppniseftirlitið hefur einkum byggt málflutning sinn á því að hvorki 13. né 71. gr. búvörulaga heimili áfrýjanda að selja hrámjólk til KS og Mjólku II á lægra verði en til keppinauta á grundvelli samstarfs aðilanna. Enn fremur að ákvæðin heimili heldur ekki að í samningi milli afurðarstöðva um verkaskiptingu sé kveðið á um jöfnun framlegðar. Telur Samkeppniseftirlitið að í háttsemi áfrýjanda eins og það hefur lýst henni í máli þessu hafi falist misnotkun á markaðsráðandi stöðu sem komi fram í ólögmati verðmismunun með þeim hætti sem í málinu greini.

Samkeppniseftirlitið kveðst einnig „umfram skyldu“ hafa lagt mat á háttsemi áfrýjanda með hliðsjón af reglum samkeppnisréttarins um verðþrýsting og óhagkvæm viðskiptakjör, sbr. kafla V. 2 í hinni áfrýjuðu ákvörðun. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins er að háttsemi áfrýjanda hafi einnig falið í sér alvarleg brot væru þeir mælikvarðar lagðir til grundvallar, sbr. 4. og 5. mgr. í kafla V hinnar áfrýjuðu ákvörðunar. Var það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að brot áfrýjanda fælist í ólögmetum verðmismun skv. c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga og að umfjöllunin í köflum V. 4 og 5 hinnar áfrýjuðu ákvörðunar drægi einnig skýrt fram hversu ómálefnalegum og samkeppnishamlandi aðgerðum áfrýjandi hafi beitt Mjólku I og síðar Mjólkurbúinu.

Í VII. kafla hinnar áfrýjuðu ákvörðunar er fjallað um viðurlög og aðgerðir samkeppniseftirlitsins. Þar segir m.a. að áfrýjandi hafi beitt keppinauta sína verðmismunun við kaup þeirra á hrámjólk. Til viðbótar hafi verið áfrýjandi á hrámjólk

til keppinauta verið miðað við verð á annarri og dýrari vöru, þ.e. nýmjólk í lausu máli. Hrámjólk sé grundvallar hráefni til vinnslu mjólkurafurða og hefur mismunun í verði hennar augljós áhrif á möguleika þess fyrirtækis sem sætir mismunun til þess að keppa. Keppinautar áfrýjanda hafi því ekki aðeins þurft að sæta því að markaðsráðandi fyrirtæki beitti þá mismunun í verði heldur einnig að félög tengd áfrýjanda (og áfrýjandi sjálfur) fengju þetta hráefni á mun lægra verði sem var til þess fallið að veita þeim verulegt samkeppnisforskot gagnvart Mjólkurbúinu og áður Mjólku I. Með þessu móti hafi geta Mjólku I og Mjólkurbúsins til þess að keppa við áfrýjanda og tengd félög á markaði fyrir sölu mjólkurafurða verið skert með alvarlegum hætti og markaðsráðandi staða áfrýjanda varin. Voru síðan sektir og aðrar aðgerðir ákveðnar m.a. á þessum forsendum að því er best verður séð.

Hér að framan hefur verið komist að þeirri niðurstöðu að samkomulagið frá 2008 um framlegðar og verkaskiptingu og eftirfarandi samningar hafi rúmast innan þeirra heimilda sem 71. gr. búvörulaga áskilur. Þá hefur ekki verið sýnt fram á það í málinu að framkvæmd samninganna og nánari útfærsla hafi verið ómálefnaleg eða að öðru leyti óforsvaranleg.

Þótt Samkeppniseftirlitið hafi aflað ýmissa gagna og reifað mál þetta að hluta til út frá þeim grunni að um verðþrýsting og e.t.v. önnur ólögmat viðskiptakjör hafi verið að ræða stendur óhaggað að Samkeppniseftirlitið hefur ekki metið þessi atriði sjálfstætt og með hliðsjón af því að ákvæði 71. gr. stæðust gagnvart aðgerðum áfrýjanda.

Af þessu leiðir að ekki er unnt taka þessi atriði til sérstakrar skoðunar hér. Þeim er því hafnað.

## 2.14

Niðurstaðan í máli þessu að því er varðar hina meintu markaðsmisnotkun og verðþrýsting áfrýjanda er sú að fella ber þann hluta hinnar áfrýjuðu ákvörðunar úr gildi. Af því leiðir einnig að hið sama gildir um aðrar ákvarðanir sem teknar voru til að efla samkeppni og getið er í ákvörðunarorðum hinnar áfrýjuðu ákvörðunar.

## 3

### Um brot gegn 19. gr. samkeppnislaga

#### 3.1

Í hinni kærðu ákvörðun er byggt á því að áfrýjandi hafi brotið sjálfstætt gegn 19. gr. samkeppnislaga með því að veita ekki réttar upplýsingar. Samkvæmt 19. gr. samkeppnislaga getur Samkeppniseftirlitið krafði fyrirtæki um allar upplýsingar sem nauðsynlegar þykja við athugun mála.

Er í því sambandi í fyrsta lagi vísað til ummæla í bréfi áfrýjanda til Samkeppniseftirlitsins, dagsett hinn 13. febrúar 2013, þar sem því var haldið fram að KS hafi í kjölfar samkomulagsins frá 2008 „*fært sig úr framleiðslu á vörum með hærri framlegð í vörur með lægri framlegð*“.

Síðara atriðið sem Samkeppniseftirlitið byggir á er að áfrýjandi hafi ekki lagt fram samninginn frá 2008 og önnur gögn sem honum tengjast fyrr en eftir að Samkeppniseftirlitið hafði lokið umfjöllun sinni um meint brot áfrýjanda á árinu 2014.

### 3.2

Eins og fram kemur í úrskurði áfrýjunarnefndar Samkeppnismála í málinu nr. 1/2012 ber að túlka 19. grein samkeppnislaga þannig að skylt sé að afhenda þau gögn sem beðið er um, veita réttar upplýsingar og leynd ekki upplýsingum sem falla undir gagnabeidnir samkeppnisyfirvalda.

Að sama skapi verður málsaðili að hafa svigrúm til að túlka staðreyndir og gögn í málflutningi sínum án þess að það varði þeim refsikenndu viðurlögum sem sektir eru. Engin hlutlægnisskylda hvílir þannig á þeim sem ver hendur sínar túlkun á efni gagna eða í málflutningi um lagatriði.

### 3.3

Við rannsókn þessa máls beindist athyglin að því hvaða skýringar væru á mismunandi verðlagningu á hrámjólk til viðskiptamanna áfrýjanda. Augljóst er að Samkeppniseftirlitið gat ekki beðið um afhendingu á samningi og samningum sem það vissi ekki um að væru til. Í bréfi frá 8. apríl 2009 var einvörðungu tilgreint að félögin ættu í viðskiptum vegna mozzarellaosts. Á þeim tíma var sem fyrr segir búið að gera víðtækt samkomulag um verkaskiptingu, hrámjólkursölu og framlegðarjöfnun og kveða tvisvar sinnum skriflega á um breytingar og viðbætur á því.

Í svari áfrýjanda til Samkeppniseftirlitsins frá 3. júlí 2009 staðhæfði félagið jafnframt að það gerði almennt ekki skriflega samninga við viðskiptavinina sína og að afsláttarkjör

byggðu á „*afsláttarkerfum sem eru í gildi hjá fyrirtækinu*“. Þá kemur fram í hinum kærða úrskurði að KS veitti á svipuðum tíma ekki upplýsingar um samninga sína við áfrýjanda þótt gagnabeiðni Samkeppniseftirlitsins hefði tekið til allra samninga á milli áfrýjanda og KS á því tímabili sem lutu að viðskiptakjörum KS við áfrýjanda.

Ekkert hald er samkvæmt framansögðu í þeim mótbárum áfrýjanda að hann geti ekki hafa brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga vegna þess að Samkeppniseftirlitið hafi ekki beðið sérstaklega um eintak af umræddum samningi. Samkeppniseftirlitið vissi ekki og hafði enga ástæðu til að vita um tilvist samningsins. Þetta hlaut áfrýjanda að vera kunnugt um og viðhélt því óvissu um efni samningsins.

### 3.4

Þegar upp kom um áramótin 2012 og 2013 að kjör KS voru þannig að Mjólkurbúið greiddi 17% hærra verð fyrir hrámjólkina var fyrirspurn beint til áfrýjanda. Áfrýjandi svaraði því til á þeim tíma að hin mismunandi kjör ættu rót sína að rekja til þess að um mismunandi viðskipti væri að ræða. Ekki var einu orði minnst á það að umsamið hrámjólkurverð til KS ætti að mæta röskun á framlegð vegna verkaskiptingar. Ekki var heldur getið um þá samninga sem lágu því að baki.

Við frekari meðferð málsins á árunum 2013 og 2014 gáfust ítrekuð tilefni til að framvísa þeim samningum sem kváðu á um viðskiptakjörin á hrámjólkinni, en það var einmitt það atriði sem rannsókn Samkeppniseftirlitsins beindist að. Hvorki er þó vikið að þessu grundvallaratriði í bréfi áfrýjanda til Samkeppniseftirlitsins frá 13. febrúar 2013 né athugasemdum við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins frá því í mars 2014.

Áfrýjandi réttlætti og útskýrði síðar hin mismunandi viðskiptakjör með vísan til þeirra samninga, sem hann lagði ekki fyrir Samkeppniseftirlitið við rannsókn málsins, heldur fyrst eftir að málinu hafði verið vísað í fyrra skiptið til áfrýjunarnefndar.

### 3.5

Í fyrri úrskurði áfrýjunarnefndarinnar í málinu er vikið að því að ekki hafi fengist haldbærar skýringar því hvers vegna umrædd gögn, sem teljast verða algjör grundvallargögn fyrir rannsókn og úrlausn málsins, hefðu ekki komið fyrr fram. Frekari meðferð málsins og sjónarmið áfrýjanda hafa ekki bætt úr þessu.

Verður því að fallast á það með Samkeppniseftirlitinu að áfrýjandi hafi brotið með alvarlegum hætti gegn 19. gr. samkeppnislaga með því að upplýsa ekki um slíkt gagn sem augljóslega hafði grundvallarþýðingu fyrir rannsóknina á háttsemi áfrýjanda. Sérlega er þetta augljóst því áfrýjandi sjálfur byggði síðar á því að þau gögn sem hann kaus að afhenda ekki dygðu til þess að útskýra undanþágu verkaskiptingar og viðskiptakjara frá ákvæðum samkeppnislaga þegar kom að hinni mismunandi verðlagningu til keppinauta.

Áfrýjanda, sem er markaðsráðandi fyrirtæki og starfar í skjóli ákveðinna undanþága frá almennum reglum samkeppnisréttar, átti að vera það fullljóst að ekki var hægt að rannsaka málið til fullnustu án þess að þessar upplýsingar kæmu fram. Hefur félagið því torvelað rannsóknina með þessu háttarlagi.

Eins og að framan er rakið hefur málsvörn félagsins og skýringar á staðreyndum jafnframt verið á reiki og hefur það enn aukið á vandkvæði við rannsóknina og dregið meðferð málsins á langinn en nú eru meira en tvö ár liðin frá því að Samkeppniseftirlitið lauk fyrri meðferð sinni á málinu. Á þeim tíma hafði áfrýjandi ekki enn lagt gögnin fram.

Áfrýjandi hafði í ljósi forsögu málsins og stöðu sinnar sérlega ríkar skyldur til að upplýsa um grundvöll viðskiptakjaranna og er brot hans alvarlegt.

### 3.6

Að mati áfrýjunarnefndarinnar var hinn þáttur hinnar meintu vanrækslu á upplýsingagjöf, þ.e. að halda því fram að KS hefði tekið að sér að framleiða framlegðarlægri vörur við verkaskiptinguna, ekki sama marki brenndur og sá sem hér er lýst að ofan.

Sá hluti rökstuðnings áfrýjanda átti sér stoð í því með verkaskiptingunni hefði hlutur aðila breyst gagnvart greiðslum úr verðjöfnun. Þannig hefðu nettóáhrifin á framlegðina orðið þessi. Málsvörn áfrýjanda verður að þessu leyti talin innan marka þess svigrúms sem játa verður þeim sem ver hendur sínar.

## 4

### Um formannmarka

#### 4.1

Áfrýjandi heldur því fram í málinu að forstjóri Samkeppniseftirlitsins og starfsmenn stofnunarinnar hafi verið vanhæfir til meðferðar málsins vegna sjónarmiða sem Samkeppniseftirlitið hafði haldið fram í umsögnum til þingnefnda vegna breytinga á búvörulögum. Einnig var bent á ummæli í útvarpsþætti á árinu 2014 til rökstuðnings þessari málsástæðu.

#### 4.2

Umrædd gögn bera ekki með sér annað en að Samkeppniseftirlitið hafi sinnt beiðni þingnefnda um að gefa umsögn um lagafrumvarp vegna fyrirhugaðra breytinga á búvörulögum. Umsögn af þessu tagi getur verið í verkahring stofnunarinnar samkvæmt 18. gr. samkeppnislaga þar sem sérstök frumkvæðisskylda hvílir á stofnuninni um að vekja athygli á lagakvæðum er torveldi frjálsa samkeppni. Sjónarmið stofnunarinnar í umræddum umsögnum snerust einmitt um það en ekki meint brot áfrýjanda sem hér eru til umfjöllunar.

Umræddar umsagnir, frá 6. júní 2016 og 5. ágúst 2010, geta því ekki valdið vanhæfi Samkeppniseftirlitsins eða starfsmanna þess.

#### 4.3

Viðtal var tekið við forstjóra Samkeppniseftirlitsins eftir að fyrri úrlausn lá fyrir hjá áfrýjunarnefndinni í máli áfrýjanda. Efnislega virðist forstjórinn endurtaka þá gagnrýni sem Samkeppniseftirlitið hafði áður sett fram á takmörkun gildissviðs Samkeppnislaga sem gerð var með búvörulögum og hvernig líta bæri á hana. Ekki verður talið að forstjórinn fjallaði um málefni áfrýjanda á þann hátt að valdið geti vanhæfi.

#### 4.4

Áfrýjandi heldur því einnig fram að málið hafi ekki verið rannsakað nægjanlega til að fella hafi mátt á það úrskurð. Verði því að ógilda hinn áfrýjaða úrskurð með vísan til 10. gr. stjórnslulaga.

Málið hefur verið rannsakað ítarlega, ítarlegt andmælaskjal var gefið út og áfrýjandi hefur sjálfur haft aðgang að öllum þeim gögnum sem hann teldi skipta máli og hefur lagt mikið fram við rekstur málsins. Áfrýjunarnefndin álitur málið nægjanlega upplýst og áfrýjandi reifar ekki með neinum markvissum hætti hvað það er nákvæmlega sem skortir upp á upplýsingar svo ljúka megi meðferð málsins. Er þessi mótbára við hinni kærðu ákvörðun því haldlaus.

## 5

### Um viðurlög

#### 5.1

Í hinni kærðu ákvörðun er kveðið á um að það að áfrýjandi greiði 440 milljónir króna í sekt vegna brots gegn 11. gr. samkeppnislaga og 40 milljónir króna vegna brots á 19. gr. laganna. Áfrýjunarnefndin hefur komist að þeirri niðurstöðu að um brot hafi verið að ræða gegn 19. gr. en meirihluti nefndarinnar telur að ekki hafi verið sýnt fram á að brotið hafi verið gegn 11. gr. Kemur því ekki til ákvörðunar sektar vegna brots á henni.

Í hinni kærðu ákvörðun eru rakin sjónarmið er varða fjárhæð sektar sem ákveðin er á grundvelli 37. gr. samkeppnislaga. Þau eru í samræmi við efni greinarinnar og þau fordæmi sem vísað er til í ákvörðuninni.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar eru ekki efni til að hrófla við mati Samkeppniseftirlitsins á fjárhæð sektarinnar að því er varðar brot gegn 19. gr. samkeppnislaga. Er meðal annars fallist á að rétt sé að horfa til heildarveltu áfrýjanda og að nauðsynlegt sé að sektin hafi varnaðaráhrif og taki mið af efnahagslegum styrkleika fyrirtækis.

#### 5.2

Samkeppniseftirlitið kvað jafnframt á um fyrirmæli með heimild í 2. mgr. 16. gr. Þau fela í sér almenn fyrirmæli um að endurtaka ekki sambærilega háttsemi, að aðskilja viðskipti með hrámjólk annarri starfsemi fyrirtækisins og þá er kveðið á um að við sölu á hrámjólk skuli gætt að þeim sjónarmiðum sem almennt gilda við sölu markaðsráðandi aðila, þ.e. að mismunandi viðskiptakjör séu tengd málefnalegum ástæðum, viðskiptakjör séu gerð opinber og eftirlit með því að farið sé eftir fyrirmælunum.

Það leiðir af niðurstöðunni að fyrirmæli þessi verða felld úr gildi, sbr. einnig kafla 2.14 hér að framan.

### **Úrskurðarorð**

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 7. júlí 2016 nr. 19/2016 er felld úr gildi að öðru leyti en því Mjólkursamsalan ehf., áfrýjandi í máli þessu, skal greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 40.000.000 vegna brots á 19. gr. samkeppnislaga. Sect þessa skal greiða í ríkissjóð eigi síðar en einum mánuði eftir dagsetningu úrskurðar þessa.

Reykjavík 18. nóvember 2016

Stefán Már Stefánsson

Anna Kristín Traustadóttir



## Sératkvæði Jóhannesar Karls Sveinssonar

### 1

Ég er sammála meirihluta áfrýjunarnefndarinnar um þýðingu fyrri úrlausnar nefndarinnar í 1. kafla í niðurstöðum hér að framan. Einnig er ég sammála umfjöllun í 3. og 4. kafla varðandi brot áfrýjanda gegn 19. gr. og um ætlaða formannmarka á ákvörðun Samkeppniseftirlitsins. Þá er ég sammála umfjöllun og niðurstöðu í 5. kafla um viðurlög við broti gegn 19. gr. um upplýsingaskyldu. Nefndin er einhuga um forsendur og niðurstöðu að því leyti og vísast til þess sem að framan greinir.

Ég tel á hinn bóginn að staðfesta eigi niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins um brot áfrýjanda gegn 11. gr. samkeppnislaga og þá sekt sem lögð var á í hinum áfrýjaða úrskurði. Forsendur þeirrar niðurstöðu minnar fara hér á eftir.

### 2

## Nánar um afmörkun ágreiningsefnisins

### 2.1

Við málflutning fyrir áfrýjunarnefndinni voru bæði áfrýjandi og KS á einu máli um það að markmið sammings þeirra frá 2008, sem og síðari samninga, hefði verið að jafna eða gera áþekka þá framlegð sem fyrirtækin hefðu út úr sölu á mjólkurafurðum. Með framlegð í þessum skilningi væri átt við „Framlegð I“ sem væri nettósölutekjur að frádreginni vörunotkun.

Með nettósölutekjum væri síðan átt við reikningsfærða sölu að viðbættum eða frádregnum sjóðagjöldum og/eða úthlutun úr verðjöfnunarsjóðum. Frá þeirri fjárhæð væri dregin vörunotkun samkvæmt nánari skilgreiningu, en svokölluð hrámjólk væri þar stærsti kostnaðarliðurinn.

Þegar upphaflegi samningurinn frá 2008 er skoðaður í samhengi við síðari samninga um sama efni, og við bætast þau gögn sem liggja fyrir um uppgjör samninganna, er það engum málum blandið að tilætlan sammingsaðila var sú að jafna framlegð á milli fyrirtækjanna hlutfallslega. Eftir að verkaskiptingin komst á gat það því verkast sem vildi, hvor sammingsaðilinn þyrfti að greiða hinum til að jafna metin. Fór það raunar svo að KS jók veltu sína.

Miðað við þau gögn sem fyrir liggja, og í samræmi við málflutning KS og áfrýjanda, fólst jöfnunin í því að báðir áttu að hafa sömu eða áþekka hlutfallslega framlegð (I). Skipti þá ekki máli þótt framlegð minnkaði eða ykist í krónum talið heldur var stefnt að sama prósentuhlutfalli. Sá sem hafði lægri framlegð fékk í raun greiðslu frá þeim sem hærri framlegðina hafði til að jafna afkomu þeirra beggja á hverju uppgjörstímabili.

Svo fór að KS jók til muna veltu sína á hinu meinta brotatímabili og þar með framlegð sína í krónum talið frá því sem miðað var við í samkomulaginu frá 2008.

Samkeppniseftirlitið virðist í hinni kærðu ákvörðun leggja til grundvallar að þessar aðgerðir hafi miðað að því að framlegð yrði hin sama í hlutfalli við eignarhluti áfrýjanda og KS í Auðhumlu (90/10%) en svo virðist ekki hafa verið, heldur var einfaldlega stefnt að því að jafna nettósölutekjurnar af mjólkurvörum. Við þá jöfnun var hvorki horft til eignarhlutar í Auðhumlu né hvort umsamin verkaskipting hefði haft áhrif á afkomuna.

## 2.2

Vilji beggja, KS og áfrýjanda, stóð því til að skipta framlegð við sölu á mjólk og mjólkurafurðum jafnt á milli sín í hlutfalli við veltu. Þýðing þess að í samningnum frá 2008 var vísað til þess að bæta þyrfti KS sérstaklega framlegðartap virðist í ljósi framlagðra gagna og málflutnings aðila nokkuð augljós.<sup>13</sup>

Í forsendum samningsins er miðað við að löggjafinn hafi í hyggju að leggja af verðtilfærslukerfi sem gildi um mjólkuriðnaðinn. Það hafði hins vegar ekki gerst þegar ritað var undir samninginn. Tilgangur samningsins var því að koma upp nokkurs konar verðtilfærslukerfi á milli samningsaðilanna, í stað hins lögbundna þegar það liði undir lok. Í millitíðinni þurfti að gera ráðstafanir til að bæta KS meint högg á veltu félagsins í kjölfar framlegðarskiptanna og auk þess að fyrirsjáanlegar greiðslur úr verðjöfnun samkvæmt búvörulögum yrði lægri en áður.

Það er því að mínu mati röng forsenda fyrir niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að gengið væri út frá því í samkomulaginu að KS yrði til frambúðar með lægri framlegð

---

<sup>13</sup> Í andmælaskjali SE er þessu haldið fram á bls. 35-40. Í andmælum Lex f.h. SE (bls. 13 í skjali nr. 80) er því haldið fram að þetta sé ályktun „byggð á stórkostlegum misskilningi“ enda byggji samkomulagið á því að framlegð aðila „breytist ekki eftir því hvaða vörur þeir taka að sér að framleiða á grundvelli þess samkomulags um verkaskiptingu sem talið er hagkvæmast.

af sínum vöruflokkum, og að sú forsenda hafi síðan reynst röng. Samkomulagið, og síðari efndir þess, virðast þvert á móti gera ráð fyrir því að með breytingum í rekstri og á markaði gætu mál allt eins þróast þannig að KS yrði með hærri framlegð heldur en áfrýjandi.

Eftir munnlegan flutning málsins hjá áfrýjunarnefndinni var aflað nánari staðfestingar frá áfrýjanda á áðurgreindum skilningi hans á samkomulaginu við KS. Staðfesti áfrýjandi með bréfi til áfrýjunarnefndarinnar, dagsett hinn 16. september 2016, að samkomulaginu og síðari breytingum á því hafi verið ætlað að:

*„...tryggja að aðilar hefðu sem jafnasta hlutfallslega framlegð (1) af hverjum innvegnum mjólkurlíttra á meðan samkomulagið væri í gildi ...“*

Meðferð málsins, og á tíðum málflutningur, hefur verið á villigötum um hið raunverulega inntak samninganna. Í þeim felst einfaldlega að eftir að verkaskipting er tekin upp þá munu samningsaðilarnir ævinlega jafna framlegð (1) og skiptir þá ekki máli á hvorn þeirra hallar.

Verð hinnar umdeildu mjólkur hafði að sönnu áhrif á framlegð beggja samningsaðila en þeim viðskiptakjörum sem um hana giltu var hins vegar ekki breytt þótt þróun framlegðar yrði í þá átt að KS hafði hærri eða jafnháa framlegð og áfrýjandi.

### 2.3

Eins og málið hefur verið lagt upp við áfrýjunarnefndina snýst ágreiningurinn því aðallega um það hvort það hafi verið heimilt, í skjóli 71. gr. búvörulaga gagnvart samkeppnislögum, að gera samning sem miðaði að því að skipta framlegð á markaði með þeim hætti sem gert var.

Aðilar völdu að hafa það ákvæði í samningnum að KS fengi að kaupa tiltekið magn af mjólk af áfrýjanda á lægra verði en öðrum stóð til boða. Í fyrra máli fyrir áfrýjunarnefndinni var ástæða þess útskýrð þannig að afslátturinn hefði í raun átt að koma til uppgjors gegn því framlegðartapi sem KS varð fyrir við hina nýju verkaskiptingu.

Hin síðari meðferð málsins leiðir í ljós að svo var hins vegar alls ekki, a.m.k. ekki til frambúðar. Framlegð KS og áfrýjanda sveiflaðist til og frá eins og vænta mátti. Verðtilfærslukerfi landbúnaðarins var heldur ekki aflagt eins og lagt var til

grundvallar í upphafi. Afslátturinn var hins vegar fastur en uppgjörið til að jafna framlegðina varð nú flóknara og voru afslættir af sölubóknun og ýmis önnur fjárhagsskipti á milli félaganna þáttur í því uppgjöri.

#### 2.4

Við munnlegan málflutning fyrir áfrýjunarnefnd lagði áfrýjandi fram skjal þar sem sundurliðuð eru áhrif verkaskiptingarinnar í júlí 2008 og það uppgjör sem fór fram í framhaldinu. Er þar miðað við að bæta hafi þurft KS [ ]<sup>14</sup> milljóna tjón vegna minni sölutekna og breyttra greiðslna úr verðtilfærslusjóðum.

Frá þeirri fjárhæð hafi mátt draga [ ]<sup>15</sup> milljónir króna sem var ýmislegt hagræði KS af hinni breyttu verkaskiptingu. Í sundurliðun þeirrar fjárhæðar sést að bæði er um að ræða fjárhæðir sem leiða af breyttri vörunotkun (umbúðir og hjálparefni) sem lækkaði um ([ ]<sup>16</sup>) og svo ýmsum öðrum þáttum eins og breyttum sölulaunum. Munar þar mest um að gert var ráð fyrir því að KS þyrfti að greiða áfrýjanda um [ ]<sup>17</sup> milljónir króna í sölulaun vegna þeirra birgðavara sem KS framleiddi. Á móti féllu hins vegar niður ýmis gjöld sem KS hafði áður greitt til Osta- og smjöröslunnar vegna pökkunar og sölu á sömu vörum.

#### 2.5

Í áðurnefndri sundurliðun er einnig útskýrt að bæta hefði þurft KS [ ]<sup>18</sup> milljónir króna vegna breyttrar framlegðar, eins og sagði í samkomulaginu. Er sú fjárhæð útskýrð þannig að á árinu 2007 hafi framlegð KS verið [ ]<sup>19</sup>% lægri en framlegð áfrýjanda og á tímabilinu janúar til júlí 2008, þar til samkomulagið var gert, hafi sá munur verið [ ]<sup>20</sup>%. Meðaltalsmunur hafi því verið [ ]<sup>21</sup>% á framlegð fyrirtækjanna. Heildarvelta framleiðsluvara KS á árinu 2007 hafi verið um [ ]<sup>22</sup> króna og því hafi þurft [ ]<sup>23</sup> milljóna króna greiðslu til að jafna á milli aðila ([ ]<sup>24</sup>).

---

<sup>14</sup> Trúnaðarmál

<sup>15</sup> Trúnaðarmál

<sup>16</sup> Trúnaðarmál

<sup>17</sup> Trúnaðarmál

<sup>18</sup> Trúnaðarmál

<sup>19</sup> Trúnaðarmál

<sup>20</sup> Trúnaðarmál

<sup>21</sup> Trúnaðarmál

<sup>22</sup> Trúnaðarmál

<sup>23</sup> Trúnaðarmál

<sup>24</sup> Trúnaðarmál

Áfrýjunarnefndin óskaði eftir frekari skýringum á þessu atriði eftir munnlegan málflutning og í svörum áfrýjanda er því hafnað að tilgangur greiðslunnar hafi verið sá að bæta upp afturvirktt þann mun sem var á framlegð fyrirtækjanna frá upphafi árs 2007 til gerðar samkomulagsins á árinu 2008.

Í athugasemdum áfrýjanda við andmæskjal hafði þessi [ ]<sup>25</sup> milljóna króna tala verið útskýrð þannig að um væri að ræða „framlegðarútjöfnun vegna verkaskiptingarinnar“ til viðbótar þeim beinu afleiðingum sem urðu af aflagningu á starfsemi Osta- og smjörsölunnar.

Eftir stendur að algjörlega er óútskýrt hvers vegna nauðsyn bar til að reikna með sérstakri greiðslu sem byggði á forsendum í rekstri ársins 2007 þegar samkomulagið virðist síðan hafa átt að þýða að framlegð hvers árs yrði jöfnuð út án tillits til rekstrar fyrri ára.

## 2.6

Staðan var því þannig í júlí 2008, að mati samningsaðilanna, að bæta þurfti KS hagsmuni sem námu [ ]<sup>26</sup> milljónum króna. Var þar því um að ræða þrenns konar uppgjör: 1) ætlaðar breytingar á verðtilfærslu í kjölfar verkaskiptingar; 2) afleiðingar breytts fyrirkomulags og aflagningar Osta- og smjörsölunnar, og 3) uppgjör til að jafna framlegð I á mismun árána 2007 og 2008.

Í fylgiskjali áfrýjanda sem lagt var fram við málflutning segir að samtals séu því „til leiðréttingar með mjólkurmiðlun á milli aðila“ [ ]<sup>27</sup> milljónir króna.

## 2.7

Þegar skoðuð eru gögn um uppgjörin frá 2008 til 2011 sést að afslátturinn af hrámjólkinni er ekki reiknuð stærð í því uppgjori. Áfrýjunarnefndin óskaði eftir nákvæmari gögnum um reiknaðan mun á hrámjólk til annarra en KS og verðinu til KS (bændaverðinu).

Þegar selt magn til KS er skoðað sést að verðmunurinn er á bilinu [ ]<sup>28</sup> milljónir á árinu 2009 og upp í [ ]<sup>29</sup> milljónir á árinu 2010. Á árinu 2011 er munurinn [ ]<sup>30</sup>

<sup>25</sup> Trúnaðarmál

<sup>26</sup> Trúnaðarmál

<sup>27</sup> Trúnaðarmál

<sup>28</sup> Trúnaðarmál

<sup>29</sup> Trúnaðarmál

<sup>30</sup> Trúnaðarmál

milljónir, á árinu 2012 tæpar [ ]<sup>31</sup> milljónir og [ ]<sup>32</sup> milljónir króna á árinu 2014, þ.e. fram í september þegar umræddu fyrirkomulagi var hætt. Samtals nemur því hagræði KS yfir [ ]<sup>33</sup> milljónum króna ef tekið er mið af því verði sem Mjólku I bauðst á hluta tímabilsins.

## 2.8

Eftir munnlegan málflutning fyrir nefndinni var óskað eftir því við áfrýjanda að sýnt yrði uppgjör, ár fyrir ár, á þeirri framlegðarjöfnun sem um var samið. Samkvæmt útreikningum er nefndinni bárust frá áfrýjanda sést að hlutfallsleg framlegð KS í krónum talið var mun meiri en hjá áfrýjanda.

Frá árinu 2008 til ársins 2013 var uppsafnaður mismunur [ ]<sup>34</sup> milljónir KS í hag, en á árinu 2013 gekk sá munur til baka svo nam [ ]<sup>35</sup> milljónum króna. Einnig kemur fram í sama skjali að KS hafi greitt sérstaklega um [ ]<sup>36</sup> milljónir króna til áfrýjanda.

## 2.9

Allt þetta leiðir til þeirrar niðurstöðu að afleiðingar þeirrar verkaskiptingar sem ákveðin var á tímabilinu 2005 til 2008 á milli KS og áfrýjanda hafi ekki verið metin nákvæmlega. Í það minnsta ekki þannig að sérstakar bætur hafi verið ákvarðaðar fyrir tilfærslur á milli framleiðslustöðva eða að grunn þess væri að finna í framlegð áður en verkaskiptingin tók gildi. Samkomulagið snerist þvert á móti um að jafna framlegð I í heild sinni frá ári til árs. Framlegðin virðist hafa hækkað á tímabilinu.

Einnig liggur það fyrir að umsaminn afsláttur af hrámjólkinni gerði mun meira en að jafna framlegð á milli aðila.

## 3

### Um 13. og 71. gr. búvörulaga

---

<sup>31</sup> Trúnaðarmál

<sup>32</sup> Trúnaðarmál

<sup>33</sup> Trúnaðarmál

<sup>34</sup> Trúnaðarmál

<sup>35</sup> Trúnaðarmál

<sup>36</sup> Trúnaðarmál

Að mínu mati er enginn vafi á því að heimilt var samkvæmt 71. gr. búvörulaga að gera samning um verkaskipti á milli afurðastöðva. Í því gat falist hagræðing sem löggjafinn stefndi að. Bann samkeppnisréttar við markaðsskiptingu hlaut því að víkja.

Það er hins vegar að mín mati allt önnur spurning hvort samkomulag um að jafna framlegð algjörlega án tillit til hagræðingar eins og lýst er hér að framan hafi verið heimilt. Í þessu máli snýst þannig spurningin um hvort samningsákvæði um að selja tiltekið magn af hrámjólk á lægra verði en almennt bauðst falli undir þá vernd sem 71. gr. býr afurðastöðvunum. Ég tel svo ekki vera og rétt lögskýring leiði til þess að 71. gr. undanþiggi einungis verkaskiptinguna sjálfa ákvæðum samkeppnislaga. Ekki sé í þeirri grein nein heimild til að markaðsráðandi aðili taki höndum saman við aðra á markaði til að mismuna í verði á ómissandi hráefni.

### 3.1

Á sviði búvöruframleiðslu er í gildi umsvifamikið verðákvörðunar- og verðtilfærslukerfi sem hefur það að markmiði að tryggja hagsmuni framleiðenda og neytenda og stuðla að „jöfnuði á milli framleiðenda í hverri búgrein hvað varðar afurðaverð og markað“. Í þessu skyni ákvarðar sérstök verðlagsnefnd afurðaverð til búvöruframleiðenda og verð búvara í heildsölu. Sérstök ákvæði gilda einnig um verðákvæðanir í mjólkurframleiðslu.

Lágmarksverð fyrir mjólk til framleiðanda miðast við verðlagsgrundvöll fyrir bú af tiltekinni stærð. Nefndin ákveður sem áður segir heildsöluverð að teknu tillit til afurðaverðsins til framleiðenda og upplýsinga um kostnað við vinnslu og dreifingu búvara, sbr. ákvæði 13. gr. laganna.

### 3.2

Í 3. mgr. 13. laganna er svo gert ráð fyrir því að „þrátt fyrir ákvæði samkeppnislaga“ sé afurðastöðvum í mjólkuriðnaði heimilt að gera samninga sín á milli um verðtilfærslu á milli tiltekinnna afurða en að leggja skuli slíka samninga fyrir verðlagsnefnd til upplýsingar. Tilgangur þess að kveðið er á um skyldu til að leggja slíka samninga fyrir nefndina virðist augljós því að öðrum kosti hefði verðlagsnefndin ekki yfirsýn um afkomu þeirra greina sem fellur undir hennar verksvið.

Rétt er að geta þess að ákvæði 3. mgr. 13. gr. laganna á rót sína að rekja til breytingar á búvörulögum frá árinu 1998 en þá hljóðaði ákvæðið svo:

*„Verðlagsnefnd getur, að fengnum tillögum afurðastöðva eða samtaka þeirra, heimilað afurðastöðvum að gera samninga sín á milli um verðtilfærslu milli tiltekinna afurða. Samningar þessir skulu hljóta staðfestingu verðlagsnefndar“*

Í framsöguræðu landbúnaðarráðherra var tillagan útskýrð þannig að hún væri í:

*„samræmi við núgildandi fyrirkomulag við verðlagningu mjólkur og mjólkurafurða, en með gildandi lögum er Framleiðsluráði landbúnaðarins og afurðastöðvum í mjólkuriðnaði heimilað að gera samkomulag um verkaskiptingu milli mjólkursamlaga að því er varðar framleiðslu einstakra mjólkurvara fyrir innlandan og erlendan markað. Í því samkomulagi er heimilt að kveða á um verðtilfærslu til að jafna framlag mismunandi framleiðslutegunda milli mjólkurbúa.“*

Ekki fer því á milli mála að það hélst hönd í hönd að gera samkomulag um verkaskiptingu og kveða á um verðtilfærslu því samfara „til að jafna framlag mismunandi framleiðslutegunda milli mjólkurbúa“. Þá samninga bar að leggja undir staðfestingu verðlagsnefndar.

### 3.3

Með lögum nr. 85/2004 um breytingu á búvörulögum breyttist þetta ákvæði í það horf að afurðastöðvunum var heimilað að gera slíka samninga en að tilkynna þyrfti efni þeirra til verðlagsnefndar. Ekki var því lengur gert ráð fyrir því að verðlagsnefndin þyrfti að samþykkja samninginn eins og áður. Við sama tækifæri var sett það ákvæði í 71. gr. sem einnig skiptir máli hér.

Í athugasemdum með frumvarpinu segir að verið sé að „færa formið og ábyrgðina til afurðastöðvanna frá verðlagsnefnd í samræmi við venjubundna framkvæmd samkvæmt búvörulögum: Þó er talið rétt að verðlagsnefnd sé upplýst um þessa samninga ...“ Þá er þess getið í athugasemdum með 13. gr. að breytingin kalli hvorki á afnám lögbundins verðtilfærslugjalds samkvæmt 22. gr. búvörulaga né verðmiðlunargjaldi skv. 19. gr. búvörulaga.

Vegna samhengisins í þessari lagasetningu er rétt að geta þess að í athugasemdum með frumvarpi til breytingarlaganna nr. 85/2004 segir jafnframt um 71. gr. að hin nýja grein eigi sér forvera í upphaflegum lögum frá 1993 þar sem heimild var veitt til verkaskiptingar um framleiðslu einstakra mjólkurvara. Er þar jafnframt rakið að



heimild til samkomulags um verðtilfærslu hafi verið „*bundin við slíka verkaskiptingu*“. Er svo sagt að breytingin á ákvæðinu felist í því að afurðastöðvarnar þurfi ekki lengur leyfi landbúnaðarráðherra til að sameinast eða gera með sér samkomulag um verkaskiptingu á milli mjólkursamlaga.

Í álliti meiri hluta landbúnaðarnefndar frá 22. maí 2004 um síðastnefnt frumvarp segir að tilgangur lagasetningarinnar sé að lögfesta ákvæði þess efnis að „*samráð, samruni og verðtilfærsla í mjólkuriðnaði sé undanskilið gildissviði samkeppnislaga*“ og að frumvarpinu sé ætlað að eyða óvissu þar að lútandi. Er jafnframt tekið fram að leggja þurfi samninga fyrir verðlagsnefnd til upplýsingar og að með hliðsjón af skipun þeirrar nefndar og því eftirlitshlutverki sem henni er ætlað að „*séð sé fyrir því að hagsmunir bænda, framleiðenda, neytenda og stjórnvalda verði tryggðir á hverjum tíma*“.

### 3.4

Samkvæmt framansögðu má ráða að beint samhengi sé á milli ákvæðanna í 3. mgr. 13. gr. og 71. gr. búvörulaganna. Það kemur beinlínis fram í lögskýringargögnum og ákvæðunum er jafnframt breytt á sama tíma árið 2004 að því er virðist af sama tilefni og í sama tilgangi.

Af því verður ekki dregin önnur ályktun en sú að ef samið er um verkaskiptingu við framleiðslu mjólkurvara á grundvelli 71. gr. og því fylgi fjárhagslegt uppgjör vegna tilfærslu á framlegð umfram almennt verðtilfærslukerfi laganna, þá gildi um þá samningsgerð ákvæðið í 3. mgr. 13. gr. Litið var þannig á að verðlagsnefndin myndi í störfum sínum tryggja að tekið yrði tillit til slíkra tilfærslna þegar verðákvörðunarkerfinu var beitt í heild sinni.

Þetta þýðir tvennt: annars vegar að samningur eigi að kveða um tilfærslu vegna *tiltekinna afurða*, eins og áður er rakið (en jöfnun heildarafkomu), og hins vegar að í 71. gr. felist *ekki sjálfstæð heimild* til að gera samninga um ráðstöfun framlegðar eða allsherjarjöfnun hennar eins og hér ræðir um.

### 3.5

Í málflutningi sínum byggði áfrýjandi ekki á því að samningur áfrýjanda og KS hefði verið samningur um verðtilfærslu í skilningi 3. mgr. 13. gr. Málflutningur KS var ekki jafn afgerandi um þetta atriði.

Allt að einu virðist að samningurinn, eins og hann hefur verið skýrður fyrir áfrýjunarnefndinni, hefði vart getað fallið undir orðalag 3. mgr. 13. gr. um verðtilfærslu á milli „tiltekinna afurða“. Það er vegna þess að samningurinn fjallaði einfaldlega um heildarjöfnun á framlegð í greininni en ekki afkomuskiptingu vegna einstakra tegunda framleiðsluvara.

### 3.6

Samkvæmt framansögðu er það því mat mitt að ákvæði samninga áfrýjanda og KS að því er varðar jöfnun afkomu fyrirtækjanna falli ekki sjálfkrafa undir undanþágur búvörulaga frá samkeppnislögum.

Samningarnir fjalla hvorki um verðtilfærslu milli tiltekinna afurða, né voru þeir tilkynntir eins og kveðið er á um í 3. mgr. 13. gr. búvörulaga. Þá er ljóst að áfrýjandi leit ekki svo á að undanþágan byggðist á 3. mgr. 13. gr. og beinlínis er sagt í athugasemdum áfrýjanda við andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins að í umræddu samkomulagi frá 2008 sé „ekki kveðið á um verðtilfærslu“.

Verður nú vikið nánar að úrlausn Samkeppniseftirlitsins um efni samningsins frá 2008 og önnur þau gögn sem lögð hafa verið fram um breytingar á samningnum og efndir samningsaðilanna áfrýjanda og KS.

## 4

### Nánar um úrlausn Samkeppniseftirlitsins

#### 4.1

Í hinni kærðu ákvörðun er brotatímabilið skilgreint „... a.m.k. frá árinu 2008 til ársloka 2013“. Brotið er talið felast í því að markaðsráðandi aðili selur ómissandi afurð á mismunandi verði til aðila á markaði án þess málefnalegar ástæður séu til þess.

Áfrýjandi hefur borið fyrir sig að hið mismunandi verð helgist af samningi um skiptingu verka á markaði, sem hafi verið fullheimilt samkvæmt 71. gr. búvörulaga. Uppgjör vegna þeirrar verkaskiptingar hafi farið fram með því, meðal annars, að KS og tengdir aðilar fengu keypt tiltekið magn af hrámjólk. Áfrýjandi byggir á því að Samkeppniseftirlitið hafi ekki tekið mark á gögnum sem sýni að áfrýjandi jók með

verkaskiptingunni framlegð sína í rekstri á meðan samsvarandi samdráttur varð hjá KS.

Samkeppniseftirlitið byggir niðurstöðu sína, og málflutning hér fyrir nefndinni, fyrir það fyrsta á því að engin þörf hafi verið á því að bæta KS upp neitt rekstrartjón vegna verkaskiptingarinnar. Leggur eftirlitið einnig til grundvallar að millifærsla á fé til KS vegna verkaskiptingarinnar, þ.e. á brotatímabilinu, hafi komið úr þremur áttum. Í fyrsta lagi lægra mjólkurverð, í öðru lagi afslættir af sölubóknunum og í þriðja lagi í formi niðurfellingar á skuldum svo sem að framan er rakið.

Verður nú vikið að þessum atriðum og þýðingu þeirra fyrir úrlausn málsins:

#### 4.2.

Í hinni kærðu ákvörðun er það talið til marks um að framlegð KS hafi ekki minnkað við verkaskiptinguna heldur hafi hún aukist að birgðavörur beri hærri framlegð en ferskvörur sem KS afsalaði sér og að lækkun greiðslna úr verðtilfærslu samkvæmt búvörulögum sýni að félagið færði sig yfir í framlegðarhærri vörur.

Óumdeilt er að með verkaskiptingarsamkomulaginu hætti KS að selja mjólk, súrmjólk og rjóma í smásölu. Haldið var áfram í fyrri framleiðslu og ostaframleiðsla aukin.

Í málflutningi fyrir áfrýjunarnefndinni útskýrði áfrýjandi sem áður greinir að [ ]<sup>37</sup> milljónir króna því sem talin var þörf á að bæta KS „vegna skiptingu framlegðar vegna verkaskiptingar á markaði“ hefði í raun verið útreiknuð tala til að jafna framlegð á milli fyrirtækjanna á árunum 2007 og það sem af var árinu 2008 þegar samningurinn var gerður. Ef tekið er mið af þessari skýringu tengist fjárhæðin því ekki beint þeirri verkaskiptingu sem ákveðin var með samkomulaginu frá í júlí 2008 eða tiltekinni verðtilfærslu vegna þeirra breytinga er gerðar voru þá.

Þess er þó að geta í fylgiskjali nr. 9 með kæru er gefin nokkuð önnur skýring á umræddum [ ]<sup>38</sup> milljóna krónum. Er það orðað þannig að gera hafi þurft leiðréttingu vegna þess að á því ári sem efnahagshrun var að skella á (árið 2008) hafi afurðastöðvar verið reknar með tapi. Heildsöluverð mjólkurvara sem laut verðlagsákvörðunum hafi hækkað um [ ]<sup>39</sup>% en vegna alvarlegrar rekstrarstöðu hafi

---

<sup>37</sup> Trúnaðarmál

<sup>38</sup> Trúnaðarmál

<sup>39</sup> Trúnaðarmál

áfrýjandi hækkað heildsöluverð óbundinna vara um [ ]<sup>40%</sup> umfram ákvörðun verðlagsnefndar. Og sökum þess að KS væri nánast eingöngu í framleiðslu verðbundinna vara hefi verið „gerð sú ráðstöfun að leiðrétta þess skekkju í upphafsforsendum“ en [ ]<sup>41%</sup> á tekjustofn KS námu um [ ]<sup>42</sup> milljónum kr. á ársgrunni.

Í athugasemdum áfrýjanda við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins frá 12. janúar 2016 er svo gefin sú skýring á þessum [ ]<sup>43</sup> milljónum króna að þar sé um að ræða „framlegðarútföfnun vegna verkaskiptingarinnar“. Þar er einnig rætt um að umræddur framlegðarmismunur sé hluti af því sem þurfi að bæta KS „á ársgrunni“.

Hvað sem líður þessum mismunandi og að sumu leyti ósamrýmanlegu útskýringum áfrýjanda á sama samningsákvæði virðist unnt að slá því föstu að það hafi einfaldlega verið þáttur í viðskiptalegu samkomulagi, þ.e. að jafna grundvöll framlegðar beggja aðila aftur í tímann áður en verkaskiptingu yrði komið á til fulls.

Virðist því mega ráða af þessu að framlegð KS hafi verið lægri af sínum söluvörum áður en samkomulagið frá júlí 2008 var gert. Uppgjörið á umræddum [ ]<sup>44</sup> milljónum króna virðist því óviðkomandi meintu brotatímabili, en þó verður það skoðað í tengslum við þá jöfnun sem fram átti að fara með því að KS voru tryggð kjör á tilteknu magni af mjólk.

### 4.3

Sem fyrr greinir gerðu aðilar ráð fyrir því að breytingar á sölufyrirkomulagi leiddu til þess að KS fengi minna í sinn hlut í hinni opinberu verðtilfærslu og hefði það í för með sér [ ]<sup>45</sup> milljóna króna framlegðartap ([ ]<sup>46</sup>). Bæði KS og áfrýjandi hafa byggt á því að breytingar á sölufyrirkomulagi, samfara verkaskiptingunni, hafi haft þau áhrif að áfrýjanda hafi borist greiðslur vegna afurða sem félagið framleiddi ekki sjálft, heldur seldi fyrir hönd KS. Vegna þessa hafi þurft að bregðast við með því að bæta KS þetta upp sérstaklega.

---

<sup>40</sup> Trúnaðarmál

<sup>41</sup> Trúnaðarmál

<sup>42</sup> Trúnaðarmál

<sup>43</sup> Trúnaðarmál

<sup>44</sup> Trúnaðarmál

<sup>45</sup> Trúnaðarmál

<sup>46</sup> Trúnaðarmál

Í fylgiskjali með kæru er þetta útskýrt þannig að á rannsóknartímabilinu (frá 2008-2013) hafi KS ekki greitt um [ ]<sup>47</sup> milljónum króna meira inn í verðtilfærslukerfið en félagið fékk út úr því, heldur hafi áfrýjandi fengið um [ ]<sup>48</sup> milljónir til sín sem með réttu áttu heima hjá KS. Ástæðan hafi, sem áður greinir, verið að áfrýjandi var „*skráður söluaðili á framleiðsluvörum KS*“. Þess vegna hafi nettóniðurstaðan orðið þannig á rannsóknartímabilinu að KS fékk eða átti að fá rétt tæpar [ ]<sup>49</sup> milljónir út úr hinu verðtilfærslukerfi búvörulaga á meðan áfrýjandi lagði [ ]<sup>50</sup> milljónir nettó þar inn.

#### 4.4

Í forsendum samkomulagsins frá 2008 er það nefnt í aðfararorðum að aðilar geri ráð fyrir því að hið opinbera verðtilfærslukerfi yrði aflagt. Það hefur hins vegar ekki verið gert enn.

#### 4.5

Í málflutningi hjá áfrýjunarnefndinni kom fram að ekkert sérstakt uppgjör hefði átt sér stað á grundvelli framlegðarjöfnunarsamkomulagsins árin 2012 og 2013. Í lokaathugasemdum sínum til áfrýjunarnefndar segir KS til dæmis að síðustu árin sem samkomulagið frá 2008 var í gildi hafi ekki farið fram sérstök leiðrétting á framlegð milli félaganna. Ástæða þess hafi verið sú að ekki virtist vera mikill munur á árangri félaganna, þ.e. „*ekki var um það að ræða að verulega hallaði á annan aðilann*“.

Gögn um uppgjörin á árunum 2008 til 2011 eru ekki óyggjandi enda greinir Samkeppniseftirlitið og áfrýjanda á um það hvernig beri að stilla upp samanburði á framlegð í þeim skilningi sem um ræðir.

Í athugasemdum KS til áfrýjunarnefndarinnar er sett fram yfirlit um þróun framlegðar áfrýjanda og KS sem hið síðarnefnda virðist hafa lagt til grundvallar. Þar kemur fram að framlegð KS var lægri á árinu 2008 en eftir það varð hún hærrí en hjá áfrýjanda, litlu skeikaði á árinu 2009 en árið 2010 var framlegð KS [ ]<sup>51</sup>% samanborið

---

<sup>47</sup> Trúnaðarmál

<sup>48</sup> Trúnaðarmál

<sup>49</sup> Trúnaðarmál

<sup>50</sup> Trúnaðarmál

<sup>51</sup> Trúnaðarmál

við [ ]<sup>52%</sup> hjá áfrýjanda. Árið 2010 var framlegð KS [ ]<sup>53%</sup> á meðan framlegð áfrýjanda var [ ]<sup>54%</sup>.

Á þessu tímabili virðist því framlegð KS í krónum talin hafa numið um [ ]<sup>55</sup> milljónum króna hærrí fjárhæð en hjá áfrýjanda (þ.e. hlutfallsleg framlegð) eins og nánar greinir að framan. Tekið er fram í athugasemdum KS að félagið hafi ekki haldið utan um neinar tölur í bókhaldskerfum sínum um framlegð þeirra vara sem félagið hætti framleiðslu á vegna verkaskiptingarinnar.

#### 4.6

Samkvæmt framansögðu er niðurstaðan sú að á meintu brotatímabili þróaðist framlegðin þannig að hún fór úr því að verða lægri hjá KS í það að verða talsvert hærrí en hjá áfrýjanda. Á hluta brotatímabilsins virtust aðilar telja að hún hafi verið svipuð hjá þeim og að ekki hefði þurft að koma til sérstaks uppgjors.

Af þessu leiðir að viðskiptakjörin um mjólkina stóðu ekki í neinu sérstöku samhengi við jöfnun framlegðar. Kjörin endurspegluðu heldur ekki sjáanlega neina afleiðingu af breyttri verkaskiptingu milli KS og áfrýjanda.

Af þessum sökum er því útilokað að samkomulagið um kaup KS á mjólk á lægra verði geti talist þáttur í verkaskiptingu sem heimiluð er samkvæmt 71. gr. búvörulaga. Þótt um þetta hafi verið samið í einu og sama skjalinu og verkaskiptingu á milli fyrirtækjanna eru þar engin rökræn tengsl á milli.

Framlegðarjöfnunin var heldur ekki með neinu móti tengd við afleiðingar verkaskiptingarinnar. Því fellst ég á það mat Samkeppniseftirlitsins að mismunandi verðlagning á hrá mjólk til viðskiptavina áfrýjanda geti ekki verið undanþegin skoðun samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga um misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

---

<sup>52</sup> Trúnaðarmál

<sup>53</sup> Trúnaðarmál

<sup>54</sup> Trúnaðarmál

<sup>55</sup> Trúnaðarmál

## 5

### Um ólögmæta verðmismunun

#### 5.1

Að framan er komist að þeirri niðurstöðu að samningur um heildarjöfnun framlegðar hafi ekki notið sérstakrar verndar gagnvart samkeppnislögum. Það efni samningsins hafi ekki staðið í neinu rökrænu samhengi við verkaskiptingu sem að sönnu naut verndar búvörulaganna eða þær heimilu aðgerðir sem löggjafinn ætlaðist til að notaðar yrðu til að bæta upp sérstakt tjón er leiddi af verkaskiptingu í tilteknum afurðum.

Við þetta bætist að í búvörulögum er getið um ýmsar ráðstafanir sem unnt er að grípa til í tengslum við verkaskiptingu eða þróun á mörkuðum ef ætlunin er að bæta eða jafna aðilum upp tjón vegna slíks. Er þar bæði um að ræða sérstaka verðjöfnun sem byggir á sögulegum grunni og svo þær sérstöku heimildir sem getið er um í 13. gr. laganna og standa í beinum tengslum við 71. gr. laganna.

Ekki er byggt á því hinni kærðu ákvörðun að samkomulagið, eins og það telst nú rétt túlkað, hafi falið í sér sjálfstætt brot er varði við 10. gr. samkeppnislaga um ólögmætt samráð. Kemur það atriði því ekki til frekari skoðunar.

#### 5.2

Ég er sammála niðurstöðum Samkeppniseftirlitsins varðandi hinn umdeilda markað og sjónarmið er þar greinir um mögulega staðgöngu. Engum vafa er undirorpið að áfrýjandi var ráðandi á þeim sjálfstæða markaði sem felst í miðlun eða sölu mjólkur til annarra afurðastöðva í mjólkuriðnaði. Þeir sem framleiða úr mjólk urðu að leita til áfrýjanda og voru honum háðir um aðföng ef þeir vildu hasla sér völl á markaði.

Mismunandi verð til afurðastöðva gat því falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

#### 5.3

Áfrýjandi hafði gert sérstakt samkomulag um framlegðarjöfnun við KS. Í því samkomulagi voru ákvæði um sérkjör KS þar sem hrámjólk var seld á hagkvæmu verði, verði sem ekki stóð öðrum til boða.

Einnig liggur fyrir, burtséð frá lögmæti þess ákvæðis, að afslátturinn af mjólkinni var hærri en þurfti til að jafna mun á framlegð félags áfrýjanda og KS. Samkvæmt málflutningi áfrýjanda greiddi KS raunar sérstaklega umtalsverðar fjárhæðir til áfrýjanda á meintu brotatímabili til framlegðarjöfnunar. Á sama tíma þáði KS afslátt af hrámjólkinni umfram það sem öðrum stóð til boða. Þar með skekktist samkeppnisstaðan með eins skýrum hætti og hugsast getur.

Eins og málið liggur fyrir nú stenst ekki sú forsenda, sem gefin var upp í málflutningi áfrýjanda, í fyrra skiptið fyrir áfrýjunarnefnd, að hið mismunandi verð hafi einvörðungu verið til að jafna upp framlegð á milli fyrirtækjanna. Svo var alls ekki, nema þá hugsanlega fyrsta árið sem samkomulagið var í gildi.

#### 5.4

Sú skylda hvílir á markaðsráðandi aðila, eins og áfrýjandi telst vera, að mismuna ekki viðskiptamönnum í verði nema samkvæmt málefnalegum ástæðum, sbr. ákvæði c. liðar 11. gr. samkeppnislaga. Slíkar lögmætar ástæður geta byggst á ýmsum rekstrarlegum forsendum sem geta varðað eðli viðskiptasambandsins, magn viðskipta, viðskiptaskilmála o.fl.

Eins og fram kemur í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008, Hf Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu eru skyldur fyrirtækja að þessu leyti ríkari eftir mun sterkari þau eru á þeim viðkomandi markaði.

Einnig skiptir máli það viðkvæma ástand sem leiðir af því að sérstakar undanþágur búvörulaga heimiluðu áfrýjanda og öðrum aðilum á markaði að gera sérstakar ráðstafanir sem annars hefðu talist brot gegn ákvæðum samkeppnislaga. Af þeim sökum var brýnt að þeim undanþáguákvæðum yrði fylgt nákvæmlega og alls ekki gengið lengra en þau heimiluðu. Þá verður að hafa í huga að hinir nýju aðilar á markaði, sem gátu ekki verið án viðskipta við áfrýjanda um kaup á hrámjólk, voru jafnframt samkeppnisaðilar áfrýjanda á markaði.

Í þessu máli er ástæðan sem aðilar gáfu sér fyrir sérstöku afsláttarverði KS sú að til stóð að skipta verkum með samningsaðilum og að svo virtist sem þörf væri á að tryggja KS ákveðna viðbótarframlegð til að mæta þeim breytingum. Einnig var um að ræða ákveðnar breytingar á fyrirkomulagi í framleiðslu og sölu vegna niðurlagningar Osta- og smjörsölunnar.



## 5.5

Það er vafalaust að hin mismunandi verðlagning, sem ekki átti sér stoð í undanþáguákvæðum búvörulaga, gat veikt samkeppnisaðstöðu samkeppnisaðila.

Um er að ræða mikilvægasta hráefni þeirra sem framleiða mjólkurvörur. Þar af leiðandi hlýtur mismunandi verð, án sérstakra réttlætinga, að skekkja þann grundvöll sem samkeppni hlaut að byggjast á.

## 5.6

Í samkeppnisrétti er viðurkennt að undir vissum kringumstæðum geti markaðsráðandi fyrirtæki réttlætt verðmismunun með hlutlægum ástæðum. Eins og áður greinir var eina ástæðan sem tilgreind er í viðskiptasamningi áfrýjanda og KS tengd breyttri verkaskiptingu.

Í athugasemdum áfrýjanda við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins virðist slíkum ástæðum ekki hreyft og hin kærða ákvörðun byggir á því að slíkar ástæður hafi ekki verið færðar fram. Í kæru til áfrýjunarnefndar og í munnlegum málflutningi var hins vegar minnst á að réttlæta mætti verðmismununina með vísan til hlutlægra réttlætningarástæðna.

Að mínu áliti þarf ekki að taka afstöðu til þess hvort einhverjar af þeim hlutlægu réttlætningarástæðum, sem hefðbundið er að vísa til í samkeppnisrétti eigi við, því óumdeilt er að engin þeirra var ástæðan fyrir hinu mismunandi verði sem í boði var fyrir samkeppnisaðila. Þvert á móti var ástæðanna að leita í því viðskiptalega samkomulagi að stefna að jafnri hlutfallslegri framlegð félaganna án tillits til þess hvernig rekstarforsendur þeirra þróuðust að öðru leyti. Einnig eru þessar ástæður og málsrök svo seint fram komin að ekki eru efni til að sinna þeim frekar.

## 5.7

Samkvæmt framansögðu er því fallist á þá niðurstöðu í hinni kærðu ákvörðun að verðmismunun áfrýjanda hafi verið staðreynd og að hún hafi verið ólögmet. Einnig að hún hafi skipt máli í samkeppnislegu tilliti. Telst því áfrýjandi hafa brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga líkt og byggt er á í hinni kærðu ákvörðun.

**6**

Ég er í ljósi alls framangreinds sammála þeirri meginniðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að áfrýjandi hafi brotið alvarlega gegn 11. gr. samkeppnislaga. Einnig tel ég að sú sekt sem ákveðin var í hinni kærðu ákvörðun sé rétt ákveðin en í ljósi niðurstöðu meirihluta nefndarinnar fjalla ég ekki nánar um forsendur viðurlaga.

Reykjavík, 18. nóvember 2016

Jóhannes Karl Sveinsson, formaður