

## D Ó M U R

### Héraðsdóms Reykjavíkur 4. apríl 2012 í máli nr. E-4808/2011:

Stjórngrís hf.

*(Heiðrún Lind Marteinsdóttir hdl.)*

Arion banki hf.

*(Halldór Brynjar Halldórsson hdl.)*

gegn

Samkeppniseftirlitinu

*(Gizur Bergsteinsson hdl.)*

Búvangi ehf.

Hlíð ehf.

Grís og Fleski ehf.

Ormsstöðum ehf.

Stefáni Þórðarsyni ehf.

og

Baulu ehf.

*(Páll Ásgrímsson hdl.)*

### I.

Mál þetta, sem var dómtekið 13. mars sl. er höfðað fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur af Stjórngrísi hf., Vallá, Reykjavík, á hendur Samkeppniseftirlitinu, Borgartúni 26, Reykjavík, Búvangi ehf., Brúarlandi, Borgarbyggð, Hlíð ehf., Hraukbæ, Akureyri, Grís og Fleski ehf., Laxárdal 2, Selfossi, Ormsstöðum ehf., Ormsstöðum, Selfossi, Stefáni Þórðarsyni ehf., Teigi, Akureyri og Baulu ehf., Grímseyjargötu, Akureyri, með stefnu birtri 9. desember 2011. Sætir mál þetta flýtimeðferð eftir ákvæðum XIX. kafla laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

Aðalstefnandi gerir þær dómkröfur:

1. Á hendur öllum stefndu:

Að ógiltur verði með dómi úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2011.

2. Á hendur stefnda Samkeppniseftirlitinu eingöngu:

Að ógiltur verði með dómi úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 7/2011 og að ógilt verði með dómi ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 27/2011.

Í öllum tilvikum krefst aðalstefnandi þess að stefndu verði óskipt gert að greiða honum málskostnað að skaðlausu.

Stefndi Samkeppniseftirlitið krefst þess að verða sýknað af kröfum aðalstefnanda og að aðalstefnanda verði gert að greiða honum málskostnað.

Stefndu, aðrir en Samkeppniseftirlitið, krefjast þess að vera sýknaðir af dómkröfum aðalstefnanda og að öllum dómkröfum aðalstefnanda verði hafnað. Að auki er þess krafist í öllum tilvikum að aðalstefnanda verði gert að greiða stefndu málskostnað að skaðlausu að mati dómsins, þ.m.t. vegna virðisaukaskatts af málflutningsþóknun.

Við fyrirtöku máls þessa hinn 8. febrúar sl. var þingfest meðalgöngustefna Arion banka. Þar er þess krafist að bankanum verði leyfð meðalganga í málinu og að kröfur aðalstefnanda á hendur stefndu verði teknar til greina og stefndu dæmdir til að greiða honum málskostnað. Í greinargerð sem stefndu skiluðu í meðalgöngusökinni krafðist stefndi Samkeppniseftirlitið sýknu af kröfum meðalgöngustefnanda. Aðrir stefndu kröfðust þess aðallega að meðalgöngusökinni yrði vísað frá dómi, til vara að henni yrði synjað en til þrautavara var krafist sýknu. Þá kröfðust stefndu og málskostnaðar. Með úrskurði uppkveðnum 13. febrúar sl. var meðalgöngustefnanda heimiluð meðalgangan, meðal annars með vísan til þess að hann gerði sömu dómkröfur og aðalstefnandi í máli þessu og byggði á sömu málsástæðum og lagarökum.

II.

Mál þetta er sprottið af kaupum aðalstefnanda Stjörnugrís hf. á bústofni og fasteignum Grísagarðs ehf., síðar LS2 ehf., og kaupum á bústofni og leigu á

fasteignum Rekstrarfélagsins Brautar ehf., en umrædd félög störfuðu á mörkuðum fyrir svínarækt og slátrun á svínum. Hafði Grísagarður ehf. rekið svínabú að Hýrumel og Stafholtsveggjum í Borgarfirði en Rekstrarfélagið Braut ehf. hafði rekið svínabú að Brautarholti á Kjalarnesi. Samkvæmt kaupsamningi þessara aðila, dags. 9. júlí 2010, var nánar tiltekið um að ræða kaup aðalstefnanda á a) bústofni til slátrunar, þ.e. sláturdýr en ekki framleiðsludýr af búi Brautarholts, b) bústofni til áframhaldandi eldis frá Hýrumelsbúi og c) fasteignum að Hýrumel. Þá gerðu aðilarnir og leigusamning þar sem aðalstefnandi tók á leigu fasteignir að Brautarholti. Skömmu áður hafði meðalgöngustefnandi Arion banki hf. yfirtekið hlutafé Svínabúsins Brautarholti ehf. vegna skulda félagsins við bankann, en vegna slæmrar stöðu félagsins var það lýst gjaldþrota í framhaldi. Rekstrarfélagið Braut ehf., sem bankinn átti, leysti eignir félagsins síðan til sín í framhaldi á grundvelli veðskulda. Á sama hátt hafði bankinn leyst til sín eignir Grísagarðs hf. á grundvelli veðskulda í kjölfar tapreksturs og rekstrarerfiðleika.

Meðalgöngustefnandi Arion banki hf. tilkynnti stefnda Samkeppniseftirlitinu um yfirtöku bankans á svínabúunum hinn 5. mars 2010 með samrunaskrá, dags. 23. mars sama mánaðar

Hinn 13. júlí 2010 óskaði Stjórngrís hf. eftir undanþágu skv. 4. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga nr. 44/2005 vegna framangreindra kaupa félagsins á eignum dótturfélaga Arion banka hf. um að heimilt væri að framkvæma samrunann. Með bréfi stefnda Samkeppniseftirlitsins, dags. 22. júlí 2010, kom fram að stofnunin myndi ekki fallast á undanþágu frá banni samkeppnislaga við framkvæmd samruna meðan hún fjallaði um hann, þar sem sannfærandi rök hefðu ekki verið borin fram. Hins vegar kom fram í bréfinu að ekki væru gerðar athugasemdir við að gripið yrði til nauðsynlegra ráðstafana til úrbóta sem væru í samræmi við lögbundnar reglur og kröfur Matvælastofnunar og héraðsdýralæknis.

Vegna framangreindra kaupa sendu aðilar samningsins Samkeppniseftirlitinu samrunaskrá með bréfi, dags. 27. ágúst 2010, og með bréfi, dags. 30. september 2010, tilkynnti stofnunin þeim að hún hygðist taka samrunann til frekari rannsóknar. Að lokinni frumathugun á samrunanum gaf eftirlitið út sérstakt andmælaskjal, dags. 1. desember 2010, þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að samruninn hefði skaðleg áhrif á samkeppni. Sendu Stjórngrís hf. og Arion banki hf. Samkeppniseftirlitinu athugasemdir samrunaaðila við andmælaskjalið með bréfum dags. 23. desember 2010. Kom þar meðal annars fram sú röksemd samrunaaðila fyrir því að samruninn hefði ekki skaðleg áhrif á samkeppni að kenningin um félög á fallanda fæti ætti við. Með bréfum, dags. 28. desember 2010, sendi Samkeppniseftirlitið andmælaskjalið og athugasemdir samrunaaðila til samkeppnisaðilja og óskaði eftir sjónarmiðum þeirra um samrunann og gaf þeim frest til 26. janúar 2011. Þá óskaði stofnunin jafnframt eftir upplýsingum frá fódursölum um viðskipti þeirra við svína- og hænsnabændur, sem sendu inn athugasemdir vegna málsins. Svör við þessum fyrirspurnum bárust 10. og 14. janúar 2011.

Hinn 3. febrúar 2011 birti stefndi Samkeppniseftirlitið ákvörðun sína nr. 3/2011 og kemur þar fram að stofnunin telji ekki forsendur til að hafast frekar að vegna samrunans og vísaði eftirlitið í því sambandi til reglna samkeppnisréttarins um félög á fallanda fæti.

Hinn 3. mars 2011 kærðu samkeppnisaðilar á svínamarkaði, þ.e. stefndu Búvangur ehf., Hlíð ehf., Grís og Flesk ehf., Ormsstaðir ehf., Stefán Þórðarson ehf. og Baula ehf., áður nefnda ákvörðun stefnda til áfrýjunarnefndar samkeppnismála en kærendurnir höfðu ekki verið aðilar að því máli. Var Stjórnugrís hf. og Arion banka hf. í framhaldi gefinn kostur á að koma að athugasemdum vegna kærunnar og sjónarmiða Samkeppniseftirlitsins vegna hennar. Skiluðu báðir þessir aðilar inn athugasemdum til nefndarinnar. Hinn 9. júní 2011 kvað nefndin upp úrskurð í málinu Búvangur ehf. o.fl. gegn Samkeppniseftirlitinu nr. 1/2011 og var í honum talið ósannað að skilyrðin um fyrirtæki á fallanda fæti væru fyrir hendi. Var ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 3/2011 því felld úr gildi og málinu vísað aftur til eftirlitsins til frekari meðferðar og nýrrar ákvörðunar. Úrskurðarorð voru eftirfarandi: „Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 3. febrúar 2011, í máli eftirlitsins nr. 3/2011, er felld úr gildi og málinu vísað aftur til eftirlitsins til frekari meðferðar og nýrrar ákvörðunar.“

Hinn 14. júní 2011 sendi Samkeppniseftirlitið Stjórnugrís hf. og Arion banka hf. bréf þar sem óskað var eftir rökstuðningi samrunaaðilanna fyrir því að vörnin um fyrirtæki á fallanda fæti ætti við. Var í bréfinu tekið fram að í nýrri ákvörðun yrði eingöngu tekin afstaða til þess hvort fallast bæri á vörnina um fyrirtæki á fallanda fæti, yrði enn á henni byggt, eða hvort ógilda bæri samrunann eða eftir atvikum setja honum skilyrði. Með bréfi, dags. 16. sama mánaðar, mótmælti Stjórnugrís hf. því að Samkeppniseftirlitið hefði heimild til að ógilda samrunann og setja honum skilyrði. Þá skiluðu samrunaaðilarnir frekari athugasemdum vegna þessa hinn 30. júní 2011 og héldu því fram að stofnunin hefði enga heimild til að setja samrunanum skilyrði eða ógilda hann þar sem lögbundnir frestir þar að lútandi væru liðnir. Þá var því haldið fram að Samkeppniseftirlitið skorti lagaheimild til að endurupptaka málið. Hefði stofnunin því engar lögformlegar heimildir til íhlutunar í samrunann. Samruninn hefði jafnframt komið til framkvæmda fyrir löngu og fjöldi ákvarðana í rekstri Stjórnugrís hf. varðandi rekstur umræddra svínabúa hefðu verið teknar fyrir löngu og væru með öllu óafturkræfar. Arion banki hf. byggði jafnframt á því að frestir þeir sem Samkeppniseftirlitið hafði til íhlutunar í samrunann hefðu raunar runnið út áður en til töku ákvörðunar nr. 3/2011 hafi komið. Þá leituðust aðilar við að setja fram ný sjónarmið um fyrirtæki á fallanda fæti í tilefni af úrskurði áfrýjunarnefndar.

Með bréfum, dags. 21. júní 2011, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir athugasemdum aðila á markaði fyrir svínarækt, slátrun og kjötvinnslu og bærust svör frá flestum þeirra í kjölfarið. Þá kveðst eftirlitið og hafa í framhaldi fundað með flestum þessara aðila og fengið þar nánari upplýsingar um stöðu þeirra á markaði og

möguleika á að auka framleiðslu sína. Stofnunin fundaði og sérstaklega með samrunaaðilunum. Með bréfum, dags. 18. og 20. júlí 2011, áréttuðu Samkeppniseftirlitið og Arion banki hf. fyrri sjónarmið um að skilyrði um fyrirtæki á fallanda fæti væru uppfyllt og gerðu athugasemdir við þær athugasemdir er fram höfðu komið frá aðilum á markaði fyrir svínarækt, slátrun og kjötvinnslu.

Hinn 21. júlí 2011 lá fyrir ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í máli nr. 27/2011, en ákvörðunarorð voru eftirfarandi: „Samningar, dags. 9. júlí 2010, um kaup Stjórnugríss hf. á bústofni og fasteignum LS2 ehf. ásamt samningum um leigu Stjórnugríss á fasteignum að Brautarholti og kaup á bústofni Rekstrarfélagsins Brautar ehf., fela í sér samruna í skilningi 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Samruninn felur í sér að samkeppni raskast með umtalsverðum hætti þar sem hann leiðir til yfirburðastöðu Stjórnugríss á markaði fyrir svínarækt og styrkir stöðu hans á markaði fyrir slátrun á svínum og vinnur þannig gegn markmiðum samkeppnislaga. Með heimild í 17. gr. c. samkeppnislaga ógildir Samkeppniseftirlitið hér með samrunann.“ Taldi Samkeppniseftirlitið að samrunaaðilarnir hefðu ekki fært fram fullnægjandi rök til stuðnings því að vörnin um félag á fallanda fæti væri til staðar.

Með kærnum, dags. 18. og 19. ágúst 2011, skutu Stjórnugrís hf. og Arion banki hf. nefndri ákvörðun til áfrýjunarnefndar samkeppnismála og kröfðust þess að hún yrði felld úr gildi. Að fengnum athugasemdum þessara aðila kvað áfrýjunarnefndin hinn 4. nóvember 2011 upp úrskurð sinn í máli nr. 7/2011. Staðfesti nefndin ákvörðun Samkeppniseftirlitsins og sagði svo í úrskurðarorði: „Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 21. júlí 2011 í máli nr. 22/2011 er staðfest.“

Við aðalmeðferð málsins gáfu skýrslu fyrir dóminum vitnin Pétur Örn Richter og Þórarinn Ingi Ólafsson, báðir starfsmenn Arion banka hf. Lýstu vitnin því meðal annars hvernig staðið hefði verið að yfirtöku á rekstri svínabúsins að Brautarholti og búanna að Hýrumel og Stafholtsveggjum vegna vanskila við bankann og mjög erfíðum rekstri þeirra í framhaldi. Jafnframt lýstu vitnin því hvernig staðið hefði verið að sölu búanna áfram til Stjórnugríss hf. Kom fram hjá þeim að meðal annars hefði verið haft samband við formann félags svínaræktenda og hann beðinn um að upplýsa þá sem hann þekkti í greininni, og kynnu að hafa áhuga á kaupum á svínabúunum, um að til stæði að bankinn seldi eignir búanna. Kváðust vitnin telja að meðan á sölutilraunum stóð hafi þeir verið í sambandi við nánast alla svínabændur á landinu. Í framhaldi af þessum samtölum, í maímánuði 2010, hefði verið sendur tölvupóstur til þeirra sem rætt hefði verið við. Hafi þeir allir nema einn tengst greininni beint. Einnig hafi verið haft óformlegt samband við aðra aðila. Hins vegar hefðu þeir metið það svo að ekki væri unnt að auglýsa söluna opinberlega vegna þess tíma sem það ferli myndi taka, meðal annars með tilliti til þess að þá hefðu þurft að fylgja nákvæmari gögn um rekstur félagsins. Þá upplýstu vitnin að það hafi ekki verið sett sem skilyrði fyrir sölu á búunum að þau yrðu seld saman en hins vegar hefði komið fram hjá þeim sem sýnt hefðu málinu áhuga, þar á meðal forsvarsmönnum Stjórnugríss hf. og Baulu ehf., eins hinna stefndu, að

forsenda fyrir kaupum þeirra á búunum væri að þau yrðu seld saman.

III.

### *Málsástæður og lagarök aðalstefnanda*

Aðalstefnandi kveðst byggja kröfu sína um að ógilda beri úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 1/2011 og 7/2011 á þeim grundvelli að Brynhildur Benediktsdóttir, einn nefndarmanna áfrýjunarnefndarinnar, hafi verið vanhæf til að fjalla um og úrskurða í málunum, sbr. 5. og 6. tl. 1. mgr. 3. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Umræddur nefndarmaður hafi verið starfsmaður í sjávarútvegs- og landbúnaðarráðuneytinu, en það ráðuneyti fari að verulegu leyti með málefni svínaræktar hér á landi og sé stefnumarkandi í málefnum tengdum landbúnaði. Ráðherra sjávarútvegs- og landbúnaðarmála, Jón Bjarnason, hafi því verið yfirmaður nefndarmannsins og haft boðvald yfir honum. Ráðherrann hafi bæði í því embætti, sem og fyrr, lýst andúð á samþjöppun eignarhalds í svínarækt og hafi hann einnig lýst vilja sínum til framleiðslustýringar í svínarækt. Hafi hann m.a. boðað frumvarp til laga þar sem einstökum framleiðendum svínakjöts yrði bannað að hafa meira en 15% hlutdeild af heildarframleiðslu svínaafurða. Alvarlegra sé þó það sem komið hafi fram opinberlega að ráðherrann hafi haft afskipti af sölufæri Arion banka hf. vegna þess samruna sem mál þetta varði. Hafi ráðherrann þannig reynt með beinum hætti að koma í veg fyrir að bankinn seldi aðalstefnanda svínabúin og sett sig m.a. ítrekað í samband við bankann vegna þessa. Verði að telja óeðlilegt að handhafi framkvæmdarvalds reyni með þessum hætti að hafa afskipti af samningum sem einkaaðilar geri. Fari slíkt í grundvallaratriðum gegn sjónarmiðum um vandaða stjórnsýsluhætti og málefnalega stjórnsýslu og sé afstaða hans til þess fallin að draga óhlutdrægni starfsmanns hans og nefndarmanns í áfrýjunarnefnd samkeppnismála í efa. Beri þegar af fyrrgreindum sökum að ógilda umrædda úrskurði.

Þegar úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2011 sé til skoðunar verði að hafa í huga að samkvæmt ákvörðunarorði hinnar kærðu ákvörðunar nr. 3/2011 hafi stefndi Samkeppniseftirlitið ekki talið tilefni til íhlutunar vegna samrunans. Niðurstaða málsins hafi því verið í samræmi við kröfur aðalstefnanda og því ekkert tilefni verið fyrir hann til að kæra ákvörðunina til áfrýjunarnefndar. Aðilar að því kærumáli hafi því verið keppinautar aðalstefnanda og stefndi, en ekki aðalstefnandi. Hann hafi því ekki getað haft nein bein áhrif á þann málsgrundvöll sem málið byggði á, á hinu æðra stjórnsýslustigi. Hafi því verið fjöldi málsástæðna, sem aðalstefnandi hafi byggt á við frummeðferð málsins sem ekki hafi komið til endurskoðunar áfrýjunarnefndar. Um heildstæða endurskoðun nefndarinnar á ákvörðun nr. 3/2011 hafi því ekki verið að ræða og hafi aðalstefnandi því aldrei átt þess kost að fá allar málsástæður sínar endurskoðaðar á æðra stjórnsýslustigi. Þegar af þessari ástæðu sé úrskurður áfrýjunarnefndar nr. 1/2011 haldinn ógildingarannmarka. Beri því að fella hann úr gildi og þar með alla eftirfarandi málsmeðferð samkeppnisyfirvalda.

Aðalstefnandi telji að frestur stefnda Samkeppniseftirlitsins til hvers konar íhlutunar í samrunann hafi runnið út 6. janúar 2011 og hafi hann því verið liðinn er stefndi tók fyrri ákvörðun sína nr. 3/2011 hinn 3. febrúar 2011. Hafi því engin lagaskilyrði staðið til þess að áfrýjunarnefndin felldi ákvörðun stefnda úr gildi og lagði málið fyrir stefnda að nýju. Áfrýjunarnefndin hafi ekki vikið að þessu grundvallaratriði í úrskurði sínum.

Samkvæmt 1. ml. 1. mgr. 17. gr. d laga samkeppnislaga skuli stefndi Samkeppniseftirlitið innan 25 virkra daga tilkynna þeim aðila sem sent hafi stofnuninni samrunatilkynningu ef hún telji ástæðu til frekari rannsóknar á samkeppnislegum áhrifum samruna. Berist slík tilkynning ekki innan frestsins geti stefndi ekki ógilt samrunann, sbr. 3. málslíð tilvitnaðs ákvæðis. Samrunatilkynning aðalstefnanda hafi borist eftirlitinu 27. ágúst 2010. Hinn 30. september 2010, eða þegar 24 virkir dagar hafi verið liðnir frá því samrunatilkynning var send, hafi aðalstefnanda borist tilkynning frá stefnda þessa efnis. Fyrsta virka dag eftir að hún barst hafi 70 virkra daga frestur til að ógilda samrunann byrjað að líða, sbr. 4. ml. sama ákvæðis. Fimmtudaginn 6. janúar 2011 hafi 70 virkir dagar verið liðnir frá fyrrgreindri tilkynningu, en engin ákvörðun hafi þá verið tekin af hálfu stefnda. Sé ljóst að þar með hafi liðið frestur stefnda til að ógilda hinn tilkynnta samruna, sbr. 3. mgr. 17. gr. tilvitnaðra laga. Geti stefndi ekki eftir á vísað til þeirrar undantekningarheimildar sem hann hafi samkvæmt lokamálslið ákvæðisins um að heimilt sé að framlengja framangreindan 70 virkra daga frest um allt að 20 daga ef nauðsynlegt sé að afla frekari upplýsinga. Sé þar um að ræða undantekningu frá meginreglunni um 70 virkra daga frest og fyrir beitingu heimildarinnar þurfi að liggja tilgreindar ástæður. Hafi stefndi viljað nýta fyrrgreinda undaþágu frá meginreglunni hafi honum verið skylt að tilkynna aðilum um slíkt áður en fresturinn rynni út.

Fari svo ólíklega að dómurinn fallist ekki á ógildingu úrskurðar áfrýjunarnefndar nr. 1/2011 af framangreindum sökum kveðst aðalstefnandi byggja á því að úrskurður áfrýjunarnefndar hafi að ýmsu leyti byggst á röngu efnislegu mati og að úrlausn varðandi samkeppnisskilyrði á þeim markaði/mörkuðum sem aðalstefnandi starfi á hafi verið röng. Af því leiði að fella beri úrskurðinn úr gildi.

Aðalstefnandi telji það ógildingarannmarka á úrskurði áfrýjunarnefndar að engin rökstudd afstaða hafi þar verið tekin til ólíkra sjónarmiða um skilgreiningu markaða en rétt skilgreining markaða sé grundvallarforsenda fyrir allri eftirfarandi úrlausn í málinu um stöðu aðalstefnanda og keppinauta á viðkomandi mörkuðum og meint skaðleg áhrif samrunans á samkeppni. Hafi nefndin látið duga að taka fram að hún væri sammála því mati Samkeppniseftirlitsins að samruninn myndi markaðsráðandi stöðu aðalstefnanda í svínarækt og styrki markaðsráðandi stöðu félagsins á markaði fyrir slátrun á svínum.

Verði framangreind úrlausn áfrýjunarnefndar um markaðsskilgreiningar hins vegar talin fullnægjandi sé á það bent að skilgreining stefnda Samkeppniseftirlitsins á mörkuðum sé of þröng, sem leiði til þess að staða aðalstefnanda á markaði sé verulega ofmetin. Samkvæmt 5. tl. 4. gr. laga samkeppnislaga sé markaður sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Staðgengdarvara og staðgengdarþjónusta sé vara eða þjónusta sem að fullu eða verulegu leyti geti komið í stað annarrar. Af efnahagslegum ástæðum hafi markaður bæði skírskotun til vöru og landsvæðis. Aðalstefnandi sé framleiðandi svínakjöts, en fyrirtækið hafi um árabíl rekið svínabú að Vallá á Kjalarnesi. Þá hafi fyrirtækið einnig með höndum rekstur sláturhúss. Rekstrarfélagið Braut ehf. og LS2 ehf. hafi einnig verið framleiðendur svínakjöts og haft með höndum ræktun þess bústofns sem aðalstefnandi hafi keypt. Aðalstefnandi telji að þeir markaðir sem máli skipti og hann starfi á séu annars vegar markaður fyrir framleiðslu á kjötafurðum (búfé) og hins vegar markaður fyrir slátrun á kjötafurðum. Sé því um tvö sölustig að ræða, þ.e. sölustig framleiðslu og sölustig heildsölu. Aðalstefnandi starfi á báðum þessum mörkuðum en Rekstrarfélagið Braut og LS2 starfi á þeim fyrri eingöngu.

Markaður fyrir framleiðslu kjötafurða sé stór og fjölbreyttur og undir þann markað falli framleiðsla svínakjöts, lambakjöts, nautakjöts, hrossakjöts og alifuglakjöts. Þrátt fyrir að töluverð ríkisafskipti séu af einstökum flokkum búvara sé samkeppni mikil á milli kjötafurða og hafi hún raunar harðnað enn frekar eftir efnahagshrunið hér á landi. Þá sé á það bent að þótt mismunandi vörur hafi ekki nákvæmlega sömu eiginleika nægi það ekki til að útiloka staðgengd í eftirspurn þar sem staðganga sé undir því komin hvernig neytendur meti ólíka eiginleika. Sem dæmi megi nefna að þrátt fyrir að bragð einstakra tegunda kjötafurða sé ólíkt nægi það eitt og sér að mati aðalstefnanda ekki til að útiloka staðgengd á milli ólíkra kjötafurða. Markaðsskilgreiningu Samkeppniseftirlitsins, sem áfrýjunarnefndin virðist hafa stuðst við án sjálfstæðrar umfjöllunar, sé því hafnað sem rangri og of þröngri.

Meginsjónarmið samkeppnisréttar við skilgreiningu markaða og mat á staðgöngu sé að styðjast við eftirspurnarstaðgöngu. Hugleiðingar um framboðsstaðgöngu geti í vissum tilvikum átt við en yfirleitt skipti framboðsstaðganga meira máli við mat á efnahagslegum styrk. Að mati aðalstefnanda sé eftirspurnarstaðganga fyrir hendi milli svínakjöts og ýmissa annarra kjöttegunda. Svínakjöt keppi við annað kjöt um hylli neytenda og það skipti grundvallarmáli við mat á samkeppniskeyrðum svínaræktenda og þeirra sem framleiði samkeppnisvöru.

Til viðbótar öllu fyrrgreindu bendi aðalstefnandi sérstaklega á að Samkeppniseftirlitið hafi ekki framkvæmt neina rannsókn á markaðnum og afstöðu neytenda til mismunandi kjötafurða. Slík rannsókn hefði verið nauðsynleg, enda verði markaður ekki skilgreindur réttilega með staðlausum staðhæfingum samkeppnisfirvalda án nokkurrar frekari skoðunar. Að því er varði markað fyrir slátrun á kjötafurðum telji aðalstefnandi auðsýnt að ekki sé unnt að skilgreina þann

markað með þrengri hætti, líkt og t.a.m. slátrun á svínakjöti eingöngu. Nær öll sláturhús hér á landi, önnur en sláturhús aðalstefnanda, slátri flestum tegundum gripa. Ekki leiki nokkur vafi á því að um staðgöngu sé að ræða á milli slíkra aðila.

Aðalstefnandi mótmæli því sérstaklega sem fram komi í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 3/2011 að aðgreina beri sláturmarkaðinn í mismunandi tegundir sláturgripa á grundvelli þess að reglugerð nr. 461/2003 um slátrun og meðferð sláturafurða kveði m.a. á um að rekstraraðila sláturhúss beri að tilgreina sérstaklega í umsókn um starfsleyfi hversu mörgum sláturdýrum verði slátrað daglega. Ekki þurfi að sækja sérstaklega um leyfi til slátrunar hvernar tegundar sláturgripa fyrir sig. Reglugerðin geri með öðrum orðum engan greinarmun á þeim tegundum sem slátrað sé heldur gildi ávallt sömu reglur um meðferð dýranna, aðbúnað í sláturhúsum og meðferð afurðanna. Styrki þessi staðreynd enn frekar afstöðu aðalstefnanda, auk þess sem af ákvæðum laga nr. 96/1997, um eldi og heilbrigði sláturdýra, slátrun, vinnslu, heilbrigðisskoðun og gæðamat á sláturafurðum, og ákvæðum fyrrgreindrar reglugerðar megi glögglega sjá að þeim sem slátri t.a.m. aðeins svínum séu allir vegir færir, án mikils kostnaðar eða umstangs, að hefja jafnframt slátrun sauðfjár, svo dæmi sé tekið.

Aðalstefnandi telji að rétt skilgreining hins landfræðilega markaðar sé í báðum fyrrgreindum tilvikum landið allt, Ísland. Sé því þess vegna mótmælt að markaður fyrir kjötafurðir eða svínarækt kunni að skiptast á milli Norðurlands annars vegar og Suðurlands hins vegar. Þá hafi ekki verið sýnt fram á í ákvörðun stefnda að aðstæður eða samkeppnisskilyrði séu með einhverju móti ólík á milli landshluta.

Með vísan til þess að skilgreindir markaðir málsins séu annars vegar markaður fyrir framleiðslu kjötafurða, en ekki aðeins svínakjöts, og hins vegar markaður fyrir slátrun búfjár, en ekki aðeins slátrun svína, liggi fyrir að mat áfrýjunarnefndar á stöðu aðila á hinum skilgreindu mörkuðum sé rangt. Verði fallist á með aðalstefnanda að áfrýjunarnefndin og/eða stefndi Samkeppniseftirlitið hafi skilgreint markaði ranglega, eða að ekki hafi verið færð fullnægjandi rök fyrir þeirri markaðsskilgreiningu sem liggi til grundvallar úrskurði áfrýjunarnefndar nr. 1/2011, beri þegar af þeirri ástæðu að fella úrskurðinn úr gildi, enda byggi öll eftirfarandi úrlausn málsins á markaðsskilgreiningunni.

Í fyrri ákvörðun stefnda Samkeppniseftirlitsins sé fjallað um samþjöppun á markaði og HHI-stuðulinn og vísi áfrýjunarnefnd almennt til þeirrar umfjöllunar í fyrri úrskurði sínum. Sé ljóst að áfrýjunarnefndin hafi stuðst við niðurstöður stefnda um hækkun HHI-stuðuls eftir samruna til stuðnings þeirri afstöðu sinni að samruninn skapi alvarleg samkeppnisleg vandamál, en sú afstaða hljóti að hafa bein áhrif á niðurstöðu nefndarinnar. Það sé mat aðalstefnanda að stefndi hafi ekki stuðst við réttar forsendur við útreikning HHI-stuðuls í málinu. Nauðsynlegt hafi verið að taka tillit til m.a. breytinga á bústofni Brautarholts, en líkt og fyrr segi hafi öllum

gyltum verið slátrað á búinu og hafi það alltaf legið fyrir að ákveðnum hluta af þeim bústofni sem meðalgöngustefnandi seldi yrði slátrað. Það gefi því ranga mynd af mögulegri samþjöppun að líta algerlega fram hjá þessum breytingum og láta sem hin keyptu svínabú verði rekin í óbreyttri mynd og stærð eftir samruna. Í umfjöllun stefnda komi einnig fram að HHI-stuðull fyrir slátrun svínakjöts taki ekki breytingum við samrunann. Þessu sé aðalstefnandi ósammála þar sem hann telji raunar að stuðullinn lækki, enda hafi bústofni Brautarholts verið slátrað og engin viðskipti því verið við þann aðila.

Í ákvörðun sinni fjalli stefndi Samkeppniseftirlitið um hvort aðgangshindranir séu fyrir hendi inn á þá markaði sem stefndi skilgreindi. Það álitafni hvort slíkar hindranir séu til staðar eða ekki skipti grundvallarmáli við mat á því hvort markaðsráðandi staða sé fyrir hendi á markaði eða sé líkleg til að skapast þar. Áfrýjunarnefnd fjalli hins vegar ekkert um þetta þýðingarmikla atriði í úrskurði sínum. Aðalstefnandi telji að umfjöllun í ákvörðun stefnda, að því er varði aðgangshindranir, gangi of langt og felist í úrlausn hans að þessu leyti röng og ómálefnaleg afstaða sem sé í andstöðu við meginreglur stjórnsýslu- og samkeppnisréttar.

Við úrlausn samrunamála beri samkeppnisyfirvöldum að kanna hvort ætlaður efnahagslegur styrkur samrunaaðila takmarkist vegna kaupendastyrks viðsemjanda samrunaaðila. Samkeppniseftirlitið fjalli um þetta sjónarmið í ákvörðun sinni, en sem fyrr sé ekkert um þetta grundvallaratriði fjallað í úrskurði áfrýjunarnefndar. Mótmæli aðalstefnandi því harðlega sem fram komi í ákvörðun eftirlitsins að staða aðalstefnanda sé svo sterk að dagvöruverslanir hafi takmörkuð áhrif á hann á grundvelli kaupendastyrks þeirra. Fyrir liggir að þrjár stærstu matvöruverslanirnar hafi ríflega 90% markaðshlutdeild hér á landi. Þrátt fyrir að aðalstefnandi eigi ekki í beinum viðskiptum við þær, heldur í sumum tilvikum óbeint í gegnum kjötvinnslur þeirra, hafi þessi ótrúlega sterka staða veruleg áhrif á öll sölustig. Sé ótvírætt að svo sterk staða þessara aðila geti ekki leitt til annarrar niðurstöðu en að um verulegan kaupendastyrk sé að ræða.

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins sé að finna umfjöllun um það sem stefndi kalli efnahagslegan styrkleika og framleiðslugetu. Enga samsvarandi umfjöllun sé að finna í úrskurði áfrýjunarnefndar. Sé umfjöllun stefnda, og ályktanir sem hann dragi um þessi atriði, meingölluð og byggð á algerlega ófullnægjandi rannsókn og málsmeðferð. Aðalstefnandi mótmæli þeirri fullyrðingu stefnda að efnahagslegur styrkleiki hans sé nokkur í hlutfalli við keppinauta félagsins. Um sé að ræða grundvallarforsendu fyrir því mati stefnda, og að sínu leyti áfrýjunarnefndar, að aðalstefnandi komist í eða styrki markaðsráðandi stöðu með samrunanum. Fullyrðingin sé sem fyrr segi byggð á algerlega ófullnægjandi rannsókn og grundvelli.

Fallist dómur ekki á að fella beri úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 1/2011 úr gildi af einhverjum framangreindum ástæðum kveðst aðalstefnandi byggja á því að úrskurðurinn sé ógildanlegur þar sem hann byggir á efnislega og lagalega röngu mati á því sjónarmiði sem í samkeppnisrétti sé kallað fyrirtæki á fallanda fæti. Nánar tiltekið felist í því sjónarmiði að jafnvel þótt talið verði að tiltekinn samruni leiði til röskunar á samkeppni, sem undir venjulegum kringumstæðum myndi leiða til þess að hann yrði ógiltur eða honum sett skilyrði, sé ekki heimilt að beita slíkri íhlutun ef félögin, eða reksturinn sem yfirtekinn sé, uppfylli skilyrði um að vera fyrirtæki á fallanda fæti. Aðalstefnandi telur að sá rekstur sem hann hafi yfirtekið hafi uppfyllt þau skilyrði sem viðurkennd séu í langri réttarframkvæmd að við eigi og sem málefnalegt sé að gera kröfu um.

Viðurkennd fræðileg viðhorf, sem einnig styðjast við áralanga réttarframkvæmd í íslenskum samkeppnisrétti og framkvæmd samrunamála hjá framkvæmdastjórn ESB, sem samkeppnisyfirvöld líti jafnan til við túlkun samkeppnislaga, feli í sér að miðað sé við þrjú megin-skilyrði, sem ekki séu ófrávíkjanleg, þegar metið sé hvort samruni skuli heimilaður á þeim grundvelli að yfirtekið fyrirtæki sé á fallanda fæti. Í fyrsta lagi að brotthvarf hins fallanda félags af markaði sé yfirvofandi, t.d. vegna ógjaldfærni eða mikilla rekstrarerfiðleika. Í öðru lagi að ekki séu til staðar aðrar raunhæfar leiðir sem hefðu minni skaðleg áhrif en hinn tilkynnti samruni, t.d. annar kaupandi en yfirtökufélagið. Í þriðja lagi sé það gert að skilyrði að eignir hins fallandi félags myndu hverfa af markaði ef ekki yrði af hinum tilkynnta samruna. Sé þriðja skilyrðið augljóslega nátengt öðru skilyrðinu. Telji aðalstefnandi að stefndi hafi í ákvörðun sinni réttilega metið hvert og eitt framangreindra skilyrða uppfyllt.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar séu að mati aðalstefnanda gerðar óraunhæfar og ómálefnalegar kröfur um atriði sem þurfi að liggja fyrir svo unnt sé að fallast á sjónarmið um fyrirtæki á fallanda fæti. Til að mynda virðist sem svo að áfrýjunarnefndin geri kröfu um að samrunaaðilar sanni að markaðshlutdeild hins fallandi félags myndi, hvort sem af samruna yrði eða ekki, öll færast til yfirtökufélagsins, þ.e. aðalstefnanda. Þessi krafa eigi sér ekki stoð í viðurkenndum lögskýringargögnum eða réttarframkvæmd og hvergi sé t.d. vikið að þessu í leiðbeiningum framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins um mat á láréttum samruna. Sem dæmi megi nefna að aðalstefnandi sé með öllu ófært að færa fram óbyggjandi sönnun þess að öll hlutdeild hinna keyptu svínabúa hefði, hvort sem af samruna hefði orðið eða ekki, færst yfir til aðalstefnanda. Um sé að ræða forsendu sem einungis sé unnt að leiða líkum að. Aðalstefnandi telur reyndar augljóst að sú markaðshlutdeild sem hin yfirteknu svínabú hafi haft hefði að verulegu leyti færst til aðalstefnanda ef búin hefðu verið lögð niður og eignirnar horfið af markaði. Til þess standi hvað sem öðru líði verulega sterkar líkur.

Við mat á því hvort sjónarmið um fyrirtæki á fallanda fæti eigi við verði í fyrsta lagi að skoða hvort hin skaðlegu áhrif á samkeppni hefðu allt að einu orðið hvort

sem af samrunanum hefði orðið eða ekki. Sé út frá því gengið að hlutdeild aðalstefnanda hafi verið 34% fyrir samruna og hlutdeild yfirteknu búanna alls 21% hefði hlutdeild aðalstefnanda hækkað um 9% hið minnsta ef eignir búanna hefðu horfið af markaði. Hlutdeild aðalstefnanda hefði þannig orðið í það minnsta 43% ef ekki hefði komið til samrunans, eignir hinna yfirteknu svínabúa hefðu horfið af markaði og hlutdeild þeirra tveggja dreifst hlutfallslega á þá aðila sem eftir væru á markaðinum. Hlutdeild næst stærsta aðilans, Síldar og fískis hf., hefði hækkað um ca. 3,5%, eða úr 13% í 16,5%. Hlutdeild annarra hefði hækkað enn minna. Ef mið væri tekið af þeim forsendum sem stefndi hafi lagt til grundvallar skilgreiningu markaða og mati á stöðu aðila á hinum skilgreindu mörkuðum, sem aðalstefnandi hafi raunar ávallt lýst sig ósammála, verði ekki á annan veg ályktað en að markaðsráðandi staða aðalstefnanda hefði eftir sem áður orðið að veruleika, hvort sem af samrunanum yrði eða eignir hinna ógjaldfæru félaga hyrfu af markaði. Aðalstefnandi hafi í báðum þessara tilvika verið stærsti framleiðandi svínakjöts og meira en tvisvar sinnum stærri en sá aðili sem á eftir kæmi. Einnig sé rétt að geta þess að ef mið væri tekið af tekjum hefði hlutdeild aðalstefnanda orðið enn hærri,

Í öðru lagi megi greina af fyrrgreindri skoðun aðalstefnanda að samþjöppun markaðarins hefði allt að einu orðið hvort sem eignir hyrfu af markaði eða samruni þessi kæmi til framkvæmda. Sýni útreikningar aðalstefnanda miðað við framangreindar forsendur að svokallaður HHI-stuðull hafi þannig hækkað um a.m.k. 677 stig við það eitt að eignir hinna ógjaldfæru svínabúa hafi horfið af markaði. Stefndi hafi sjálfur miðað við það í ákvörðun sinni að samruni hafi neikvæð áhrif á samkeppni þegar HHI-stuðull hækki um 150 stig eða meira. Sé sú viðmiðun lögð til grundvallar blasi við að brotthvarf hinna yfirteknu búa af markaði hefði haft slík neikvæð áhrif þótt af samruna við aðalstefnanda hefði ekki orðið. Af þessu megi glögglega sjá að hin meintu neikvæðu áhrif á markaðinn hefðu eftir sem áður sannanlega orðið hvort sem af samruna þeim sem hér sé fjallað um hefði orðið eða ekki. Sömu áhrif komi jafnframt í ljós ef HHI-stuðull taki mið af hlutdeild aðila miðað við tekjur. Breyti þar engu að upplýsingar þær sem aðalstefnandi styðjist við um hlutdeild aðila, og þ.a.l. HHI-stuðul, séu ekki nákvæmar.

Í þriðja lagi, og til viðbótar við fyrsta sjónarmiðið hér að ofan, verði einnig að hafa í huga að verulegar líkur séu á því að hlutdeild aðalstefnanda hefði hækkað enn frekar ef rekstur hinna yfirteknu svínabúa hefði verið lagður niður og skortur hefði orðið á framboði. Fyrir liggi að aðalstefnandi hafi verið sá eini sem hafi haft fjárhagslega burði til að kaupa hin yfirteknu svínabú. Hefði ekki orðið af þessum viðskiptum hefði aðalstefnandi haft þá fjármuni sem nýttir hafi verið til kaupanna til ráðstöfunar í annars konar fjárfestingar. Aðalstefnandi hefði því með nokkuð greiðum hætti ýmist getað ráðist í breytingar/viðbyggingar á fyrirliggjandi húsnæðiskosti eða fjárfest í nýju húsnæði og þar með aukið framleiðslu sína enn frekar, til viðbótar við það svigrúm sem hann hafi þegar haft til framleiðsluaukningar við því sem næst óbreyttan húsnæðiskost. Af þessu leiði að verulegar líkur séu á því að hlutdeild aðalstefnanda hefði aukist enn frekar en fyrrgreindir útreikningar á jafnri hlutfallslegri dreifingu gefi til kynna.

Í fjórða lagi verði ekki hjá því litið að vegna stærðar aðalstefnanda hefði sú eftirspurn sem áður hafi leitað til hinna yfirteknu svínabúa að öllum líkindum færst að miklu leyti til aðalstefnanda á grundvelli hagkvæmnissjónarmiða. Þrátt fyrir að smærri svínabú hafi aukið framleiðslu sína að einhverju leyti sé ólíklegt, og jafnvel útilokað, að hvert þeirra geti annað eftirspurn stærri viðskiptavina. Það væri hins vegar óhagkvæmt, og í því fölginn aukinn kostnaður fyrir viðskiptavinum, ef þeir þyrftu að kaupa svín á fæti af mörgum framleiðendum. Af því myndi skapast bæði aukinn flutningskostnaður og óhagræði. Líkur séu þ.a.l. á því að stærri viðskiptavinir myndu leita til aðalstefnanda þar sem hann geti annað heildareftirspurn þeirra eða í það minnsta verulegum hluta eftirspurnarinnar. Sömu sjónarmið eigi einnig við um sláturmarkaðinn.

Í fimmta lagi telji aðalstefnandi að meira tjón hefði orðið fyrir aðila á markaði fyrir slátrun svína ef ekki hefði orðið af samruna og eignir hinna ógjaldfæru svínabúa hefðu horfið af markaði. Fyrir liggi að ef eignirnar hefðu horfið af markaði hefði sláturhluti aðalstefnanda orðið af tekjum frá Brautarholti, enda hafi hann keypt flesta grísi þess svínabús á fæti til slátrunar. Til að halda áþekkingu afköstum í sláturhúsi sínu hafi aðalstefnandi því átt þess kost að segja upp samningum sínum við SS og aðra sláturleyfishafa, og framkvæma í kjölfarið alla slátrun á eigin grísum sjálfur. Aðalstefnandi hafi selt um 200 grísi á fæti í hverri viku til annarra sláturleyfishafa, eða um 800 tonn. Hlutdeild annarra sláturleyfishafa en aðalstefnanda hefði því minnkað á markaði fyrir slátrun svína ef aðalstefnandi hefði þurft að grípa til þessara aðgerða.

Áfrýjunarnefnd víki einnig í úrskurði sínum að því að þar sem afkastageta svínaframleiðslu sé meiri en eftirspurn hafi „jafnvel verið heppilegra, í samkeppnislegu tilliti, að leggja hin ógjaldfæru svínabú niður“. Þetta sjónarmið áfrýjunarnefndar sé ekki aðeins órökstutt heldur lýsi það ótrúlegu viðhorfi til þess hvernig hagsmunir neytenda verði best tryggðir með samspili framboðs og eftirspurnar. Telji aðalstefnandi með ólíkindum að fullyrðing af þessu tagi komi frá stjórnvaldi á sviði samkeppniseftirlits og feli þetta eitt í sér staðfestingu á því að mat áfrýjunarnefndar byggji á röngum fræðilegum grundvelli.

Að því er varði niðurstöðu áfrýjunarnefndar um meintan skort á gleggri upplýsingum varðandi aðgerðir meðalgöngustefnanda í aðdraganda yfirtöku bankans á svínabúunum og þess söluferlis sem viðhaft hafi verið telji aðalstefnandi raunar að þegar hafi með skýrum hætti verið leitt í ljós að allar leiðir til endurskipulagningar á fjárhag hinna ógjaldfæru svínabúa hafi verið reyndar til þrautar. Þá hafi ekkert í ítarlegum skýringum bankans undir rekstri málsins, bæði hjá Samkeppniseftirlitinu og áfrýjunarnefnd, bent til annars en að faglega hefði verið staðið að öllu söluferlinu. Hafi mögulegum áhugasömum kaupendum verið vel kunnugt um fyrirhugaða sölu, enda hefði verið fjallað með ítarlegum hætti í fjölmiðlum um yfirtöku bankans, vandræði greinarinnar og mögulega sölu Arion banka hf. Engin formleg tilboð, önnur en tilboð aðalstefnanda, hafi hins vegar

borist í hin ógjaldfæru svínabú.

Að öllu fyrrgreindu virtu telji aðalstefnandi að samrunaaðilar hafi fært fram sönnun þess að skilyrði þess að samþykkja samruna á grundvelli fyrirtækis á fallanda fæti séu uppfyllt í málinu.

Á því sé og byggt að áfrýjunarnefnd hafi ekki haft heimild að lögum til að vísa máli til nýrrar meðferð Samkeppniseftirlitsins. Þegar stjórnvald taki ákvarðanir um réttindi og skyldur manna verði það að gæta þess að formhlið stjórnvaldsathafnar sé rétt, þ.e. að við töku hennar sé farið að réttum reglum. Sé stjórnvaldsathöfn ógilt af æðra stjórnvaldi vegna þess að lægra stjórnvaldið hafi ekki tekið hana með réttum hætti kunni að vera eðlilegt að lagt sé fyrir sama stjórnvald að taka nýja ákvörðun. Í þeim tilvikum taki æðra stjórnvaldið ekki ákvörðun sem byggja megi á efnislegan rétt heldur vísi það málinu til lægra setta stjórnvaldsins til nýrrar meðferðar. Þessi almenna framkvæmd innan stjórnsýslunnar endurspeglar á vissan hátt í 2. mgr. 17. gr. e laga samkeppnislaga, en með ákveðnum takmörkunum þó, þar sem stefnda sé heimilt að taka samruna til skoðunar að nýju ef áfrýjunarnefnd ógildi ákvörðun hans um höfnun samruna eða um setningu skilyrða fyrir samruna vegna formgalla á málsmeðferð. Í máli því sem hér sé til meðferðar hafi ekki verið um að ræða ógilding á ákvörðun stefnda vegna formgalla á málsmeðferð í tengslum við höfnun samruna eða setningu skilyrða fyrir samruna. Sú afstaða áfrýjunarnefndar í úrskurði 1/2011 að skort hafi á sönnun þess að viðmiðum um fyrirtæki á fallanda fæti hafi verið mætt lúti að efnishlið málsins en ekki formhlið.

Eðli máls samkvæmt megi enn fremur ætla að ógilding ákvörðunar um að heimila samruna á grundvelli formgalla komi aldrei til skoðunar þar sem um sé að ræða ívilnandi ákvörðun sem aðilar megi vænta að standi og þeir geti byggt rétt sinn á. Samrunaaðili í samrunamáli, þar sem Samkeppniseftirlitið hafi ekki talið ástæðu til að aðhafast, hafi þannig enga hagsmuni af því að skjóta málinu til áfrýjunarnefndar vegna formgalla á málsmeðferð, enda sé endanleg niðurstaða honum hagfelld. Hafi löggjafanum því að líkindum ekki þótt ástæða til að kveða á um heimild til heimvísunar samrunamáls í slíkum tilvikum.

Úrskurðarnefndir innan stjórnsýslunnar séu við meðferð mála bundnar af rannsóknarreglunni, sbr. 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Rannsóknarreglan leiði til þess að málsforræðisreglunni sé að verulegu leyti vikið til hliðar, þ.e. að aðilar eigi síður á hættu að tapa rétti vegna þess að þeir hafi ekki í málatilbúnaði sínum byggt á öllu því sem gæti orðið til að styrkja málstað þeirra. Þá sé réttaröryggi jafnframt ein helsta forsenda þess að til staðar séu úrskurðarnefndir, þ.e. að til staðar sé hlutlæg, ítarleg og skilvirk málsmeðferð. Í greinargerð með frumvarpi til samkeppnislaga nr. 8/1993 segi m.a. um 9. gr., þar sem fjallað sé um áfrýjunarnefnd samkeppnismála, að til manna í áfrýjunarnefnd séu gerðar kröfur um ítarlega þekkingu á sviði samkeppnismála. Á grundvelli alls þessa telji aðalstefnandi að ef

áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi talið að frekari gagna þyrfti að afla um sjónarmið samrunaðila er vörðuðu fyrirtæki á fallanda fæti hafi nefndinni borið á grundvelli 10. gr. stjórnsýslulaga að hlutast til um að frekari upplýsinga yrði aflað. Að byggja úrskurð á sönnunarskorti standist því hvorki rannsóknarreglu stjórnsýslulaga né vandaða stjórnsýsluhætti.

Fyrrgreindu til viðbótar verði að hafa í huga að í stjórnsýslurétti hafi sú regla verið lögð til grundvallar að ákvörðun stjórnvalds sé ógildanleg ef (i) hún er haldin form- eða efnisannmarka að lögum (ii) sem talist geti verulegur, (iii) enda mæli veigamikil rök ekki gegn því að ógilda hana, t.d. réttmætar væntingar málsaðila, góð trú málsaðila, hvort málsaðili sé byrjaður að nýta sér ákvörðunina og hvort ógilding ákvörðunar hafi í för með sér eyðileggingu verðmæta. Jafnframt sé við það miðað að ívilnandi ákvörðun, sem aðili hafi stuðst við um langt skeið, verði sjaldnast ógilt. Aðalstefnandi telji að áfrýjunarnefnd hafi ekki heimild að lögum til að ógilda ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í málinu, m.a. vegna þess að til staðar séu veigamikil rök sem mæli gegn því. Til samanburðar megi þannig nefna að ákvörðun stjórnvalds um ráðningu aðila í starf verði almennt ekki ógilt þrátt fyrir að hún sé hugsanlega haldin ógildingarannmörkum. Komi þar m.a. til réttmætar væntingar þess sem starfið hlaut. Í máli því sem hér sé til umfjöllunar hafi samruni þegar komið til framkvæmda og allir frestir til íhlutunar samkeppnisyfirvalda verið fyrir löngu liðnir. Aðalstefnandi hafi því sannanlega haft réttmætar væntingar til þess að ákvörðunin um að aðhafast ekki vegna samrunans standi. Ekki síður verði til þess að líta að ógilding muni hafa í för með sér mikla eyðileggingu verðmæta, auk þess sem bæði aðalstefnandi og Arion banki hf. verði fyrirsjáanlega fyrir verulegu fjárhagslegu tjóni. Þá muni viðskiptavinir aðalstefnanda einnig verða fyrir tjóni ef samruni þessi verði ógiltur, þar sem framleiðsla hans muni ekki anna eftirspurn þeirra.

Varðandi dómkröfu sína á hendur stefnda einum, er lýtur að ógildingu á úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 7/2011 og ákvörðun stefnda nr. 27/2011, kveðst aðalstefnandi í fyrsta lagi vísa til þess að engin lagaheimild hafi verið til íhlutunar af hálfu stefnda. Í 17. gr. d samkeppnislaga segi að stefndi skuli innan tiltekinna fresta, sem lengstir geti orðið 105 virkir dagar, taka ákvörðun um hvort samruni sem tilkynntur hafi verið skuli ógiltur eða honum sett skilyrði. Í 3. mgr. ákvæðisins segi að taki stefndi ekki ákvörðun um ógildingu samruna eða setningu skilyrða fyrir samruna innan fresta samkvæmt þessari grein geti stofnunin hvorki ógilt samrunann né sett honum skilyrði. Í 2. mgr. 17. gr. e segi svo: „Ef áfrýjunarnefnd samkeppnismála eða dómstóll ógildir ákvörðun um höfnun samruna eða um setningu skilyrða fyrir samruna vegna formgalla á málsmeðferð er Samkeppniseftirlitinu heimilt að taka samrunann til skoðunar að nýju.“ Samruni sá sem áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi til umfjöllunar í úrskurði sínum í máli nr. 1/2011 hafi hvorki verið ógiltur af stefnda né hafi hann sætt skilyrðum. Hann hafi þvert á móti verið samþykktur án skilyrða. Af þeim sökum sé augljóst að tilvitnað lagaákvæði í 17. gr. e gefi stefnda engar heimildir til neins konar afskipta af samrunanum eftir niðurstöðu áfrýjunarnefndar, enda hafi allir frestir til íhlutunar verið löngu liðnir. Þá verði einnig að nefna að niðurstaða áfrýjunarnefndar í máli nr. 1/2011 um að fella ákvörðun stefnda nr. 3/2011 úr gildi hafi ekki byggt á neins

konar formgalla á málsmeðferð. Framangreind lagaákvæði feli í sér tæmandi talningu þeirra tilvika sem stefndi geti tekið samruna til efnislegrar meðferðar og eftir atvikum beitt íhlutun í kjölfar úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála eða niðurstöðu dómstóla, fyrir utan þó ákvæði 2. mgr. 17. gr. e. Þar sé fjallað um heimildir stefnda til að taka upp að nýju ákvörðun um að samruni sé samþykktur með eða án skilyrða. Sé það aðeins unnt að uppfylltum þeim skilyrðum sem nefnd séu í a- og b-lið ákvæðisins, en þau snúi að því að ákvörðun hafi verið byggð á röngum upplýsingum eða blekkingum eða fyrirtæki hafi brotið gegn skilyrðum sem samruna séu sett. Þessi atvik séu ekki fyrir hendi í þessu máli.

Í umfjöllun sinni um framangreindan þátt málsins hefði áfrýjunarnefndin tekið fram að 2. mgr. 17. gr. e samkeppnislaga tæki „að sönnu“ til atvika þegar áfrýjunarnefnd eða dómstóll hafi ógilt ákvörðun um höfnun samruna eða um setningu skilyrða fyrir samruna vegna formgalla á málsmeðferð. Áfrýjunarnefndin hefði hins vegar talið að „sömu eðlisrök“ ættu við í máli þessu og í ljósi þess að stefndi hefði rannsakað þau atriði „sem efni stóðu til“ og lokið ákvörðun sinni í málinu innan 30 virkra daga væri því hafnað að frestir hafi verið liðnir í málinu. Þessari niðurstöðu áfrýjunarnefndar mótmæli aðalstefnandi harðlega. Skýrar reglur gildi í ákvæðum samkeppnislaga um málsmeðferðar- og íhlutunarfresti stefnda, enda séu hagsmunir aðila af því að þekkja tímamörk yfirvalda til íhlutunar verulegir. Þegar þessum skýru ákvæðum sleppi geti samkeppnisyfirvöld ekki gripið til nokkurs konar íhlutunar með vísan til „eðlisraka“.

Í öðru lagi sé á því byggt vegna dómkröfunnar á hendur stefnda Samkeppniseftirlitinu eingöngu að málsmeðferðarreglur stjórnarsýslulaga hafi ekki verið virtar. Þannig telji aðalstefnandi að við meðferð málsins hjá stefnda hafi rannsóknar- og andmælaeigla stjórnarsýsluréttarins, sbr. 10. og 13. gr. stjórnarsýslulaga, ekki verið virtar. Þrátt fyrir ítarlegan rökstuðning aðalstefnanda í kæru til áfrýjunarnefndar hafi nefndin ekki tekið neina efnislega afstöðu til þessara málsástæðna aðalstefnanda heldur einungis fjallað með almennum hætti um þessi sjónarmið. Þannig sé ljóst að sú ákvörðun stefnda að taka einvörðungu til athugunar í nýju máli sjónarmið um fyrirtæki á fallanda fæti en láta alla aðra úrlausn, svo sem um mat á stöðu aðila á markaði og líklega framtíðarþróun o.fl., standa óbreytta frá fyrri ákvörðun, feli í sér brot gegn rannsóknarreglu stjórnarsýsluréttar. Þegar seinni ákvörðun stefnda hafi verið tekin hafi verið liðnir 10 mánuðir frá því að samruninn átti sér stað og fimm mánuðir síðan fyrri ákvörðun stefnda var tekin. Á þessum tíma hafi margt breyst frá því sem áður var. Til dæmis hafi samruninn verið framkvæmdur fyrir löngu og margvíslegar breytingar verið gerðar á rekstri hinna yfirteknu búa. Reynsla hafi verið byrjuð að myndast á nýtt rekstrar- og markaðsumhverfi. Hægt hefði verið að afla upplýsinga um hvort framboð og eftirspurn hefði breyst, viðskipti færst o.s.frv. Við töku síðari ákvörðunarinnar hafi stefnda verið algerlega óheimilt að láta eins og heimurinn hefði allur staðið í stað frá því hann tók fyrri ákvörðun sína. Hafi honum því verið skylt að kanna hvort einhverjar breytingar hefðu þar orðið sem máli gætu skipt fyrir efnislegt mat stefnda.

Úr framangreindum annmarka hafi ekki verið bætt í úrskurði áfrýjunarnefndar nema síður sé, framkvæmd stefnda hafi verið blessuð með þeim orðum, í úrskurði máls nr. 7/2011: „Í úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 1/2011 fólst ekki að rannsaka þyrfti málið frá grunni og taka afstöðu til annarra atriða en sérstaklega var bent á í úrskurði áfrýjunarnefndar í málinu.“ Verði í þessu sambandi að benda á að í fyrri úrskurði áfrýjunarnefndar hafi aðalstefnandi ekki átt þess kost að gæta hagsmuna sinna sem málsaðili þar sem hann hafi ekki verið kærandi við rekstur þess máls. Þá hafi honum ekki verið veitt staða aðila máls fyrir áfrýjunarnefndinni. Við málsmeðferð áfrýjunarnefndar í því máli hafi því ekki farið fram endurskoðun á fjölmörgum þeim sjónarmiðum sem aðalstefnandi hafi teft fram um skilgreiningu markaða, mat á stöðu hans og keppinauta o.fl. Af þessum sökum hafi verið enn brýnna en almennt að málið væri allt tekið til endurskoðunar af hendi stefnda eftir úrskurð áfrýjunarnefndar nr. 1/2011. Þá standist það ekki kröfur um eðlilega og sanngjarna málsmeðferð að æðra stjórnvald, á borð við áfrýjunarnefnd samkeppnismála, handstýri því hvaða sjónarmiða lægra sett stjórnvald taki tillit til við töku nýrrar ákvörðunar, við aðstæður eins og þær sem uppi séu í þessu máli. Loks sé sú nálgun einfaldlega röng og ómálefnaleg að enga þörf hafi borið til að kanna neinar breytingar sem orðið hafi frá því fyrri ákvörðun stefnda hafi verið tekin og þar til sú seinni hafi verið tekin. Efnislegt mat í samrunamálum byggji allt á mati og áætlunum um hvernig markaðir séu líklegir til að þróast og nýjustu og bestu upplýsingar til stuðnings slíku mati hljóti alltaf að hafa verulegt vægi við töku ákvarðana.

Einnig verði að telja það annmarka á meðferð málsins hjá stefnda Samkeppniseftirlitinu að óháð könnun eða rannsókn stjórnvaldsins á raunverulegri framleiðslugetu aðila hafi ekki verið framkvæmd heldur hafi stefndi einvörðungu leitað óformlegrar afstöðu aðila til þess hver væri hugsanleg vannýtt framleiðslugeta þeirra. Upplýsingar sem legið hafi fyrir hafi því verið afar ónákvæmar og ótækt hafi verið að byggja íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun á þeim. Sú skylda hvíli á stjórnvaldi að staðreyna eftir atvikum hvort upplýsingar frá aðilum séu réttar, þannig að tryggja megji að ákvörðun verði tekin á réttum grundvelli. Þá sé ljóst að ekkert hafi legið fyrir í málinu sem styðji þá niðurstöðu í seinni ákvörðun stefnda að raunhæft hafi verið fyrir keppinauta aðalstefnanda að auka framleiðslu sína eða að þessir aðilar hefðu séð sér hag í því.

Loks sé á það bent varðandi brot stefnda Samkeppniseftirlitsins á rannsóknar- og andmæla-reglu stjórnsýsluréttarins að hvorki stefndi né áfrýjunarnefnd hafi tekið efnislega afstöðu til ítarlegra sjónarmiða aðalstefnanda, sem fram hafi komið við meðferð málsins hjá stefnda, um línulega dreifingu markaðshlutdeildar aðila ef hin yfirteknu svínabú hefðu verið lögð niður. Þá virðist engin efnislega afstaða hafa verið tekin til sjónarmiða aðalstefnanda um að hlutdeild hans hefði að öllum líkindum aukist umfram þá aukningu sem orðið hefði við línulega dreifingu hlutdeildar. Benda verði á að aðalstefnandi hafi sent þessar athugasemdir sínar hinn 20. júlí 2011. Þar sem ákvörðun eftirlitsins hafi legið fyrir degi síðar, eða 21. júlí, verði að telja að stefndi hafi ekki gætt að rannsóknarreglunni og lögbundnum rétti aðalstefnanda til að gæta andmæla, en rannsóknar- og andmæla-reglan séu að þessu

leyti nátengdar. Ekki hafi heldur verið úr þessu bætt í úrskurði áfrýjunarnefndar nr. 7/2011.

Þar sem um íþyngjandi ákvörðun hafi verið að ræða hafi Samkeppniseftirlitið og áfrýjunarnefnd átt að huga sérstaklega að fyrrgreindum meginreglum stjórnisýsluréttarins. Þar sem þessar málsmeðferðarreglur hafi ekki verið virtar beri að ógilda bæði ákvörðun stefnda nr. 27/2011 og úrskurð áfrýjunarnefndar nr. 7/2011.

Aðalstefnandi telji að ógilda beri úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 7/2011 þar sem ályktanir og niðurstaða að því er varði framangreint sjónarmið aðalstefnanda um fyrirtæki á fallanda fæti séu rangar. Verði enn að benda á að rökstuðningur fyrir því hvernig markaðshlutdeild hefði líklega þróast ef hin yfirteknu svínabú hefðu horfið af markaði geti ekki byggt á öðru en líkindum og rökstuddum áætlunum aðila. Séu líkur leiddar að fyrrgreindu verði að telja sannað að skilyrðið hafi verið uppfyllt. Sá sem vilji hnekkja þessu verði því að setja fram málefnaleg og rökstudd sjónarmið þess efnis að hlutdeild hefði þróast með öðrum hætti en samrunaaðilar hafi haldið fram. Virðist hafa vegið þungt í niðurstöðu áfrýjunarnefndar að hagsmunaaðilar hafi mótmælt rökstuðningi aðalstefnanda. Þetta telji aðalstefnandi verulegan annmarka á úrskurði áfrýjunarnefndar þar sem áfrýjunarnefnd hafi ekki kynnt fyrir aðalstefnanda athugasemdir hagsmunaaðila eða gefið honum færi á að koma að sjónarmiðum sínum vegna þeirra. Hafi aðalstefnandi því fyrst orðið kunnugt um slíkar athugasemdir þegar úrskurður áfrýjunarnefndar hafi verið birtur.

Ljóst sé að sönnunarkröfur sem gerðar hafi verið vegna varnarinnar um fyrirtæki á fallanda fæti séu ekki sambærilegar þeim kröfum sem áður hafi verið gerðar í áþekktum málum hér á landi og telji aðalstefnandi það feli í sér brot á jafnræðisreglu 11. gr. stjórnisýslulaganna. Megi í því sambandi nefna ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2009, nr. 50/2008 og nr. 61/2007, auk nýlegrar ákvörðunar nr. 33/2011. Af þeirri ákvörðun sé ekki að sjá að sönnun hafi legið fyrir þess efnis að markaðshlutdeild Byrs hf. hefði að verulegu leyti runnið til Íslandsbanka hf. hefði ekki orðið af samrunanum.

#### *Málsástæður og lagarök meðalgöngustefnanda*

Meðalgöngustefnandi kveðst reisa kröfur sínar á öllum sömu málsástæðum og lagarökum og aðalstefnandi.

#### *Málsástæður og lagarök stefnda Samkeppniseftirlitsins*

Stefndi Samkeppniseftirlitið kveður kröfu sína um sýknu af kröfum aðalstefnanda vera reista á því að samningar aðalstefnanda Stjórngríss hf. og meðalgöngustefnanda Arion banka hf. um kaup á bústofni og fasteignum LS2 ehf. og kaup á bústofni og leigu á fasteignum Rekstrarfélagsins Brautar ehf. feli í sér samruna sem raski með umtalsverðum hætti samkeppni á mörkuðum fyrir svínarækt annars vegar og slátrun á svínum hins vegar. Stefndi hafi því haft rétt til að ógilda samrunann með ákvörðun sinni 21. júlí 2011 nr. 27/2011. Sé ósannað að samkeppni á þessum mörkuðum hefði raskast með sama hætti ef ekki hefði komið til samrunans. Af þeim sökum beri að sýkna stefnda af kröfum aðalstefnanda um að ákvörðun stefnda og úrskurðir áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2011 og í máli nr. 7/2011 verði felldir úr gildi. Sé sérstaklega mótmælt þeirri staðhæfingu aðalstefnanda að fullnægjandi upplýsingar hafi ekki legið fyrir stefnda og nefndinni til að taka mætti ákvörðun um samrunann. Þá sé því mótmælt að aðalstefnandi hafi ekki átt þess kost að tjá sig eða koma að öllum sjónarmiðum sínum við meðferð málsins fyrir stefnda og nefndinni.

Stefndi kveðst mótmæla þeirri málsástæðu aðalstefnanda að einn nefndarmanna í áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi verið vanhæfur til að fjalla um samrunann. Sá einstaklingur sem um ræði sé sjálfstæður í störfum sínum sem nefndarmaður í áfrýjunarnefnd samkeppnismála og nái boðvald þess ráðherra sem fari með sjávarútvegs- og landbúnaðarmál ekki til starfa hans í nefndinni. Þá liggi ekkert fyrir um að þáverandi sjávarútvegs- og landbúnaðarráðherra hafi haft eða reynt að hafa áhrif á viðkomandi nefndarmann í þeim málum sem hafi snert aðalstefnanda. Samkvæmt því sé ekki um vanhæfi að ræða.

Stefndi mótmæli því og að frestur sá sem stefndi hafi haft til að ógilda samrunann hafi verið liðinn áður en stefndi tók fyrri ákvörðun sína nr. 3/2011. Í athugasemdum samrunaaðila við andmælaskjal stefnda hafi komið fram nýjar málsástæður og röksemdir, þ. á m. sjónarmið um félag á fallanda fæti. Afstaða samrunaaðila hafi leitt til þess að óhjákvæmilegt hafi verið að afla frekari upplýsinga. Af lokamálslið 17. gr. d samkeppnislaga verði ekki dregin sú ályktun að stefndi verði að tilkynna samrunaaðilum það sérstaklega telji hann rétt að nýta sér þann 20 daga viðbótarfrest sem stefnda sé veittur í slíkum tilvikum, enda ekki getið um slíka tilkynningu í ákvæðinu. Í lögunum sé sérstaklega kveðið á um í hvaða tilvikum stefndi eigi að senda tilkynningar til aðila máls, en svo sé t.d. í þeim tilvikum sem fjallað sé um í öðrum málsliðum 17. gr. d. Lögin áskilji því ekki að stefndi þurfi að tilkynna um framlengingu frestsins enda sé honum nauðsynlegt að afla frekari upplýsinga.

Mótmælt sé þeirri málsástæðu aðalstefnanda að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi skort heimild til að vísa máli aðalstefnanda til frekari meðferðar og ákvörðunar stefnda. Úrskurður nefndarinnar hafi verið kveðinn upp að undangenginni kæru samkeppnisaðila aðalstefnanda, annarra stefndu í máli þessu. Það blasi við að heimild þessara aðila til að kæra ákvörðun stefnda færi fyrir lítið ef nefndin gæti

ekki ógilt ákvörðunina og lagt fyrir stefnda að taka málið fyrir að nýju. Telja verði að nefndin hafi slíka heimild, með sama hætti og hún geti sjálf ógilt samrunann, og standi 17. gr. e samkeppnislaga þessu ekki í vegi, svo sem aðalstefnandi haldi fram.

Stefndi kveðst og mótmæla þeirri staðhæfingu aðalstefnanda að frestur stefnda samkvæmt 17. gr. d í samkeppnislögum hafi verið liðinn er stefndi hafi tekið ákvörðun um að ógilda samrunann, sbr. ákvörðun nr. 27/2011. Eins og áður greini hafi stefndi tekið ákvörðunina í kjölfar þess að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi með úrskurði sínum í máli nr. 1/2011 ógilt ákvörðun stefnda um að aðhafast ekki vegna samrunans og lagt fyrir hann að taka nýja ákvörðun í málinu. Samkeppnislög mæli ekki fyrir um ákveðinn frest fyrir stefnda til að taka afstöðu til samruna þegar svo hátti til og verði heimild hans til að ógilda samrunann því ekki dregin í efa. Í ljósi þeirra hagsmuna sem um sé að ræða hafi stefndi hins vegar ákveðið að flýta svo sem unnt hafi verið að taka nýja ákvörðun í málinu og hafi hún legið fyrir innan 30 virkra daga frá uppkvaðningu úrskurðar nefndarinnar.

Aðalstefnandi haldi því fram að málsmeðferð stefnda og áfrýjunarnefndar samkeppnismála feli í sér brot gegn réttmætum væntingum aðalstefnanda. Stefndi mótmæli þessari málsástæðu aðalstefnanda. Aðilar samrunans hafi frá upphafi gert sér grein fyrir þeirri röskun á samkeppni sem samruninn hefði haft í för með sér. Þá hafi afstaða stefnda verið kynnt með útgáfu andmælaskjals og frekari fyrirspurnum í framhaldi af því. Þá hafi aðalstefnanda verið kunnugt um andstöðu samkeppnisaðila samrunaaðila og hafi hann því mátt búast við að ákvörðun stefnda yrði skotið til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Það sé þess vegna rangt að aðalstefnandi hafi haft eða mátt hafa væntingar til þess að samruninn yrði heimilaður. Þá sé ljóst að ólögfestar reglur um réttmætar væntingar eigi ekki við í samrunamálum, enda séu ákvarðanir samkeppnisyfirvalda um samruna ekki þess eðlis að með þeim mótist almenn stjórnsýslufrákvæmd. Samrunaaðilar geti því í engum tilvikum haft réttmætar væntingar til að samruni verði heimilaður. Við mat á samruna verði ávallt að skoða stöðu samrunaaðila á þeim mörkuðum sem um ræði og hvort samruninn muni hindra virka samkeppni eða raska henni með umtalsverðum hætti, sbr. 17. gr. c samkeppnislaga. Sé oft og tíðum um að ræða flókið mat og þær aðstæður sem nú hafi skapast í íslensku efnahagslífi hafi þýðingu við það. Útilokað sé að á þessu sviði myndist almenn stjórnsýslufrákvæmd þannig að réttmætar væntingar skapist um að niðurstaða slíks mats verði tiltekins efnis, enda hvert og eitt mál einstakt. Tilvísun til eldri ákvarðana samkeppnisyfirvalda hafi þess vegna enga þýðingu.

Stefndi mótmæli þeim málsástæðum aðalstefnanda er lúti að því að stefndi hafi ekki rannsakað málið með fullnægjandi hætti áður en hann hafi tekið ákvörðun sína nr. 27/2011. Áður en stefndi hafi tekið ákvörðun sína nr. 3/2011 hafi farið fram ítarleg rannsókn þar sem aflað hafi verið umfangsmikilla upplýsinga um markaðina sem um ræði og stöðu samrunaaðila og samkeppnisaðila þeirra á þeim. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi í úrskurði sínum nr. 1/2011 fallist á niðurstöður stefnda um hverjir væru markaðir málsins og stöðu aðila á þeim, en

úrskurðurinn hafi verið kveðinn upp í tilefni af kæru samkeppnisaðila samrunaaðila á ákvörðun stefnda. Nefndin hafi á hinn bóginn talið að rannsaka hefði þurft betur hvort vörnin um fyrirtæki á fallanda fæti ætti við um samrunann. Í ljósi þessa hafi ávallt legið fyrir að málsmeðferð stefnda myndi fyrst og fremst snúa að því að meta hvort vörnin um fyrirtæki á fallanda fæti gæti átt við um samrunann og hafi aðilum verið sérstaklega gerð grein fyrir þessu með bréfi stefnda hinn 14. júní 2011. Í bréfinu hafi verið bent á að í ákvörðuninni yrði aðeins tekin afstaða til þess hvort fallast bæri á vörnina um fyrirtæki á fallanda fæti eða hvort ógilda bæri samrunann eða setja honum skilyrði. Með vísan til þessa hafi aðilum verið boðið að veita frekari upplýsingar og gera grein fyrir sjónarmiðum sínum og hafi þeir brugðist við því, meðal annars á fundum sem þeir hafi átt með stefnda, en auk þess hafi þeir sent stefnda skriflegar athugasemdir. Málsaðilar hafi því fengið fjölmörg tækifæri til að tjá sig áður en stefndi hafi tekið ákvörðun í málinu. Allt að einu skuli bent á að atriði sem varði andmælarétt á lægra stjórnáráðgjafi geti ekki varðað ógildingu úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar Íslands 19. febrúar 2004 í máli nr. 323/2003, Skífan gegn samkeppnisráði.

Stefndi byggi á því að hann hafi aflað fullnægjandi upplýsinga um vannýtta framleiðslugetu samkeppnisaðila aðalstefnanda. Með bréfi, dags. 30. ágúst 2010, hafi stefndi óskað eftir upplýsingum frá aðilum á markaði um vannýtta framleiðslugetu þeirra. Í bréfinu hafi verið bent á að við því lægi refsing að veita stefnda rangar, villandi eða ófullnægjandi upplýsingar, sbr. 2. mgr. 41. gr. b samkeppnislaga. Upplýsingaöflun af þessum toga sé alvanaleg og hafi dómstólar ekki gert athugasemdir við að upplýsingar sem sé aflað með þessum hætti séu lagðar til grundvallar við úrlausn mála. Sé því ekkert komið fram um að þær upplýsingar sem stefndi hafi aflað hafi ekki verið á rökum reistar. Athugun stefnda hafi ekki leitt annað í ljós en að það hafi verið raunhæfur möguleiki fyrir samkeppnisaðila aðalstefnanda að auka framleiðslu sína. Hafi aðalstefnandi ekki fært fram nein haldbær rök fyrir því að svo hafi ekki verið.

Stefndi mótmæli sérstaklega þeirri málsástæðu aðalstefnanda að við meðferð samrunamála eigi að meta stöðu aðila á nýjan leik eftir samruna. Í þessu sambandi verði að hafa í huga að aðalstefnandi framkvæmdi samrunann þrátt fyrir synjun stefnda á beiðni aðalstefnanda þar um. Ekki sé fallist á að líta eigi til slíks ólöglegs ástands við mat á samruna.

Ekki standist sú fullyrðing aðalstefnanda að ákvörðun stefnda og úrskurðir áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi byggst á rangri skilgreiningu markaða og að vegna þessa hafi staða hans á markaði ekki verið metin með réttum hætti. Að lokinni ítarlegri athugun á þeim mörkuðum sem samrunaaðilar starfi á hafi það verið niðurstaða stefnda að um væri að ræða markaði fyrir framleiðslu svínakjöts annars vegar og slátrun á svínum hins vegar. Sé þessi niðurstaða vandlega rökstudd í ákvörðun stefnda 3. febrúar 2011 nr. 3/2011 og vísist til þess sem þar komi fram. Í ákvörðuninni sé með sama hætti tekin rökstudd afstaða til sjónarmiða aðalstefnanda um þetta atriði. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi staðfest framangreindar

niðurstöður stefnda.

Að því er snerti ætlað brot á andmælarétti aðalstefnanda að þessu leyti sé ljóst að hann hafi getað komið sjónarmiðum sínum á framfæri við nefndina með skriflegum og munnlegum hætti. Þá verði að hafa í huga að sjónarmið hans hafi þegar legið fyrir í gögnum málsins og hafi því verið kunn nefndinni. Samkvæmt 10. gr. stjórnsýslulaga sé nefndinni skylt að sjá til þess að mál séu upplýst með fullnægjandi hætti. Af þeim sökum taki nefndin sjálfstæða afstöðu til þess í hverju og einu máli á hvaða mörkuðum fyrirtæki starfi og hafi í úrskurði sínum nr. 1/2011 gert athugasemdir við niðurstöðu stefnda. Svo hafi þó ekki farið heldur hafi nefndin staðfest niðurstöður stefnda í öllum atriðum.

Niðurstöður aðalstefnanda, um að stefndi hafi ekki framkvæmt rannsókn á markaðnum og afstöðu neytenda til mismunandi kjötafurða, byggist á staðlausum staðhæfingum án nokkurrar frekari skoðunar. Nægi í því sambandi að vísa til rökstuðnings stefnda með ákvörðun sinni 3. febrúar 2011 nr. 3/2011 og þeirra gagna og upplýsinga sem hann hafi aflað við rannsókn málsins. Af lestri ákvörðunarinnar megi glögglega sjá að yfirgripsmikil rannsókn hafi farið fram í tengslum við málið. Þannig hafi verið aflað fjölda umsagna frá aðilum á þeim mörkuðum fyrir svínarækt og slátrun á svínum svo og á tengdum mörkuðum. Einnig hafi verið haldnir fundir með þessum aðilum þar sem fram hafi komið frekari sjónarmið þeirra. Þá hafi verið leitað upplýsinga frá hvorum tveggja stjórnvöldum og samtökum hér á landi sem hafi búið yfir upplýsingum sem nýst hafi við rannsóknina. Með vísan til þessa mótmæli stefndi því að rannsókn málsins hafi verið ábótavant.

Aðalstefnandi geri athugasemdir við umfjöllun stefnda um reglugerð nr. 461/2003 um slátrun og meðferð sláturafurða. Stefndi mótmæli þessari málsástæðu aðalstefnanda sem þýðingarlausri. Til umræddrar reglugerðar hafi einvörðungu verið vísað til stuðnings niðurstöðu um að slátrun á svínum krefjist að einhverju leyti sérstaks útbúnaðar, auk þess sem slátrun svína hafi ekki farið fram með sama hætti og slátrun annarra dýra. Á sama hátt hafi enga þýðingu í þessu tilliti sú staðhæfing aðalstefnanda að markaður fyrir kjötafurðir kunni að skiptast milli Norður- og Suðurlands. Sjónarmið stefnda hvað þetta varði séu ítarlega rökstudd í ákvörðun hans. Þá hafi stefndi ekki talið nauðsynlegt að svo stöddu að skipta markaðnum fyrir svínarækt í afmarkaða landfræðilega markaði.

Á sama hátt sé mótmælt umfjöllun stefnda um markað fyrir slátrun svína og þeirri staðhæfingu hans að stefndi hafi ekki komist að réttari niðurstöðu um hlutdeild aðalstefnanda á þeim markaði á árinu 2009 því hlutdeild hans hafi verið 59% en ekki 60-65%. Í ákvörðun stefnda nr. 3/2011 sé ítarlega rökstutt með hvaða hætti beri að skilgreina þá markaði sem samrunaaðilar starfi á. Þá hafi rökstudd afstaða verið tekin til sömu sjónarmiða og aðalstefnandi haldi fram. Hvað markaðshlutdeild

aðalstefnanda varði liggja fyrir að markaðshlutdeild hans á markaði fyrir slátrun svína hafi verið nokkuð stöðug. Hafi markaðshlutdeildin verið nær þrefalt hærri en þess samkeppnisaðila sem næst kom. Aðalstefnandi hafi þannig verið með á bilinu 60-65% markaðshlutdeild.

Aðalstefnandi haldi því fram að stefndi og áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi gert mistök við mat á stöðu samrunaaðila á markaði og að villandi sé að horfa eingöngu til framleidds magns fyrir samrunann við mat á því hver markaðshlutdeild hans yrði í kjölfar samrunans. Þá mótmæli aðalstefnandi því að upplýsingar um tekjur eða fjölda gylta og grísa gefi ekki rétta mynd við mat á markaðshlutdeild. Aðalstefnandi haldi því og fram að stefndi og áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi ekki fært fram fullnægjandi rök fyrir niðurstöðu sinni. Stefndi mótmæli þessum málsástæðum aðalstefnanda. Um sé að ræða sömu athugasemdir og aðalstefnandi hafi komið á framfæri við meðferð stefnda á málinu. Vísist til þeirrar umfjöllunar sem sé að finna í ákvörðun stefnda. Við rannsókn málsins hafi stefndi óskað eftir upplýsingum um markaðshlutdeild samrunaaðila og samkeppnisaðila þeirra fyrir síðustu þrjú almanaksár á grundvelli tekna annars vegar og fjölda gylta og grísa hins vegar. Við rannsóknina hafi stefndi því beitt hefðbundnum aðferðum við mat á markaðshlutdeild. Þá hafi aðalstefnandi reiknað út markaðshlutdeild samrunaaðila á grundvelli framleidds magns í tonnum, líkt og samrunaaðilar hafi talið réttast. Niðurstaða stefnda hafi verið sú að markaðshlutdeildin væri áþekkt óháð því hvaða mælikvarði væri notaður. Þannig hafi markaðshlutdeild samrunaaðila í öllum tilvikum verið hærri en 50%, jafnvel þótt miðað væri við útreikning þeirra sjálfra. Samkeppnisaðilar aðalstefnanda séu hins vegar smáir og enginn þeirra með háa markaðshlutdeild. Hafi markaðshlutdeild samrunaaðila verið mun hærri en þeirra, það er u.þ.b. 55-65%, eftir því hvaða mælikvarðar hafi verið lagðir til grundvallar. Í samkeppnisrétti sé litið svo á að fyrirtæki sem sé með 50% markaðshlutdeild sé markaðsráðandi nema í algjörum undantekningartilvikum. Þá hafi aðalstefnandi yfir að ráða stærra húsnæði en samkeppnisaðilar hans auk sérútbúins sláturhúss. Séu bæði þessi atriði til þess fallin að styrkja markaðsráðandi stöðu aðalstefnanda. Með vísan til þessa mótmæli stefndi því sérstaklega að aðrir svínaræktendur hafi allt eins getað komist í markaðsráðandi stöðu ef þeir hefðu keypt svínabúin. Stefndi byggi á því að uppbygging markaðarins og smæð samkeppnisaðila aðalstefnanda dragi verulega úr því samkeppnislega aðhaldi sem samrunaaðilar myndu ella búa við. Í ljósi þess að aðalstefnandi geti framleitt nægilegt magn grísa til að halda sömu framleiðslu á slátruðu kjöti án þess að kaupa sláturgrísi sé ljóst að aðalstefnandi hafi yfirburðastöðu á markaðnum.

Ljóst sé að vörnin um félag á fallanda fæti eigi ekki við um samrunann. Ákvæði 17. gr. c samkeppnislaga sé ætlað að koma í veg fyrir röskun á samkeppni sem stafi af því að fyrirtæki komist í markaðsráðandi stöðu eða styrki slíka stöðu sína. Með samrunanum verði til markaðsráðandi staða aðalstefnanda á markaði fyrir svínarækt en auk þess styrki samruninn markaðsráðandi stöðu fyrirtækisins á markaði fyrir slátrun svína. Samkvæmt því sé óumdeilt að samkeppni raskist á framangreindum mörkuðum. Ágreiningur málsaðila snúi að því hvort umrædd röskun sé til komin vegna samrunans eða ekki þannig að grípa megi til varnarinnar um félag á fallanda fæti.

Vörnin um félag á fallanda fæti feli í sér undantekningu frá þeirri meginreglu að samkeppnisyfirvöld skuli grípa til íhlutunar vegna samruna sem skapi eða styrki markaðsráðandi stöðu. Regluna beri því að skýra þröngt. Eins og lýst sé í athugasemdum með frumvarpi til breytinga á samkeppnislögum, sbr. lög nr. 94/2008, beri við skýringu á samrunaákvæðum samkeppnislaga að hafa hliðsjón af leiðbeiningarreglum framkvæmdastjórnar ESB um lárétta samruna (O.J. 2004/C 31/03). Þar sé bent á að það hvíli á viðkomandi fyrirtækjum að sanna að vörnin um félag á fallanda fæti eigi við um samrunann sem um ræði. Eitt af því sem samrunaaðilar verði að sýna fram á sé að eignir fyrirtækisins sem stefni í þrot myndu óhjákvæmilega hverfa af markaðnum ef ekki kæmi til samrunans. Í kjölfar samrunans aukist markaðshlutdeild aðalstefnanda á hinum skilgreindu mörkuðum verulega. Vörnin um félag á fallanda fæti eigi hins vegar aðeins við í þeim tilvikum að fyrirtæki hefði náð markaðsráðandi stöðu eða styrkt slíka stöðu sína enda þótt samruninn hefði ekki komið til. Samkvæmt þessu þurfi að meta hvort samkeppni myndi raskast með sambærilegum hætti ef ekki kæmi til samrunans. Ekki sé fullnægjandi ef yfirtökufélagið hefði bætt við sig hluta af markaðshlutdeild yfirtekna félagsins enda sé með því staðfest að sá samruni sem um ræði leiði til röskunar á samkeppni. Í leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB sé á sama hátt lagt til grundvallar að meta verði stöðu aðila á markaði ef samruni nái fram að ganga annars vegar og ef ekki verður af honum hins vegar. Sé á þessu byggt í niðurstöðu stefnda og áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Hvorki aðalstefnandi né meðalgöngustefnandi hafi leitt líkur að því að markaðshlutdeild hinna yfirteknu svínabúa hefði að öllu eða verulegu leyti fallið í skaut aðalstefnanda ef ekki hefði komið til samrunans. Athugun stefnda benti hins vegar til þess að líkur væru á að samkeppnisaðilar fyrirtækisins myndu nýta ónýtta framleiðslugetu sína til að auka framleiðslu sína, enda sé slíkt hagfelldara fyrir samkeppni heldur en styrking á yfirburðastöðu aðalstefnanda.

Aðalstefnandi haldi því fram að markaðshlutdeild hans, miðað við fjölda gylta, hafi verið u.þ.b. 34% fyrir samrunann en hefði aukist í 43% hefðu eignir hinna yfirteknu svínabúa horfið af markaði. Í kjölfar samrunans sé markaðshlutdeild samrunaaðilanna hins vegar 55%. Stefndi byggji á því að tilvitnaðar málflutningsyfirlýsingar aðalstefnanda feli í sér staðfestingu á að vörnin um félag á fallanda fæti eigi ekki við um samrunann og að sá skaði sem hann valdi á uppbyggingu markaðarins sé mun meiri en ella. Í þessu sambandi vekir stefndi athygli á því að aðalstefnandi lýsi því yfir að „smærri svínabú hefðu aukið framleiðslu sína að einhverju leyti“. Af framansögðu verði ekki dregin önnur ályktun en að samruninn raski samkeppni með umtalsverðum hætti. Í þessu sambandi verði ekki horft fram hjá því að verð á svínakjöti hafi hækkað í kjölfar yfirtöku aðalstefnanda á svínabúunum. Neikvæð áhrif samrunans séu því þegar komin fram. Sá skaði sem samruninn valdi til lengri tíma sé mun meiri en þær tímabundnu neikvæðu afleiðingar sem hljótist af lokun svínabúanna. Stefndi mótmæli sem ósönnuðum vangaveltum aðalstefnanda um að markaðshlutdeild hans hefði hækkað umfram aðra ef ekki hefði komið til samrunans. Ekkert hald sé fyrir aðalstefnanda að vísa til þess að samkeppnisaðilar hans hafi ekki talið ástæðu til að auka framleiðslu sína á tímum offramboðs á svínakjöti til stuðnings því að hann

hefði einn framleiðenda aukið framleiðslu sína ef samruninn hefði ekki komið til. Þá sé ekkert hald fyrir hann að vísa til fjárhagsstöðu sinnar, enda hafi kaup hans verið fjármögnuð með lánsfé. Jafnframt sé ósannað hvort hann hefði haft sama aðgang að lánsfé og hver hefði verið kostnaður ef hann hefði sjálfur ráðist í frekari uppbyggingu. Samkvæmt framansögðu hafi aðalstefnandi ekki fært sönnur á að vörnin um fyrirtæki á fallanda fæti eigi við í málinu.

Til stuðnings málsástæðum sínum kveðst stefndi jafnframt vísa til þeirra sjónarmiða sem fram komi í ákvörðunum hans og í greinargerðum og athugasemdum til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Einnig vísist til þeirra sjónarmiða sem fram komi í úrskurðum nefndarinnar.

### *Málsástæður og lagarök annarra stefndu*

Aðrir stefndu en Samkeppniseftirlitið, hér á eftir kallaðir stefndu, krefjast þess að vera sýknaðir af dómkröfum aðalstefnanda og að öllum dómkröfum aðalstefnanda verði hafnað. Tekið sé fram að stefndu krefjist ekki einungis að fyrri dómkröfu aðalstefnanda, sem beint sé að öllum stefndu og Samkeppniseftirliti að auki, verði alfarið hafnað, heldur jafnframt að síðari lið dómkröfu aðalstefnanda verði hafnað, sem sé þó að forminu til einungis beint að stefnda Samkeppniseftirlitinu en ekki öðrum stefndu. Ráðist þetta af þeirri staðreynd að þótt stefndu hafi einungis átt formlega kæruaðild að máli því sem lokið hafi með úrskurði áfrýjunarnefndar nr. 1/2011 eigi þeir jafnframt augljósa og lögvarða hagsmuni af niðurstöðu í öðrum þáttum málsins, þ.e. þeim þáttum sem lokið hafi með ákvörðun Samkeppniseftirlits nr. 27/2011 og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 7/2011.

Varðandi þá málsástæðu aðalstefnanda að einn nefndarmanna í áfrýjunarnefnd hafi verið vanhæfur við afgreiðslu málsins sé í fyrsta lagi á það bent að umræddur nefndarmaður hafi í nefndarstörfum sínum ekki verið að sinna starfsskyldum sínum sem starfsmaður ráðuneytis, heldur hafi hún væntanlega verið skipuð í nefndina á grundvelli faglegrar kunnáttu sinnar á sviði samkeppnis- og viðskiptamála, sbr. lokamálslið 2. mgr. 9. gr. samkeppnislaga. Þegar af þessari ástæðu séu sjónarmið aðalstefnanda um undirmannavanhæfi haldlaus, enda lúti nefndarmaður í áfrýjunarnefnd samkeppnismála í störfum sínum ekki boðvaldi sjávarútvegs- og landbúnaðarráðherra. Í öðru lagi hafi það allt að einu verið meginregla í réttarframkvæmd að beita svokölluðum sérstökum mælikvarða varðandi vanhæfi eins nefndarmanns stjórnsýslunefndar. Þannig hafi lengst af verið talið að aðeins beri að ógilda ákvarðanir þegar atkvæði vanhæfs nefndarmanns hafi ráðið úrslitum. Þá hafi verið talið að minna þurfi til að úrskurður verði ógiltur þegar formaður nefndar væri vanhæfur þar sem hann stjórni störfum hennar. Í máli þessu sé umræddur nefndarmaður ekki formaður áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Þá liggi ekkert fyrir um að atkvæði nefndarmannsins hafi ráðið úrslitum máls eða hvort umræddur nefndarmaður hafi yfirhöfuð í raun haft áhrif á efni úrskurðarins.

Mótmælt sé þeirri málsástæðu aðalstefnanda að hann hafi ekki haft tök á að koma að öllum þeim sjónarmiðum og málsástæðum sem hann hafi teft fram á fyrri stigum þar sem hann hafi ekki átt aðild að kærumáli því sem lokið hafi með úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 1/2011. Umræddur úrskurður beri með sér að bæði aðalstefnanda og meðalgöngustefnanda hafi verið gefinn kostur á að koma að athugasemdum í málinu og hafi þær borist 4. og 5. apríl 2011. Auk þess hafi lögmaður aðalstefnanda, sem og tveir starfsmenn meðalgöngustefnanda, verið viðstaddir munnlegan flutning málsins og gefist þar kostur á að koma að athugasemdum, sem þeir og hafi gert.

Þá sé tekið undir rökstuðning stefnda Samkeppniseftirlitsins varðandi þá málsástæðu aðalstefnanda að frestir til íhlutunar skv. 17. gr. hafi verið liðnir. Jafnframt sé á það bent að ummæli í greinargerð með frumvarpi varðandi fyrrgreinda fresti breyti engu í þessu tilliti, enda sé greinargerðin ekki lög. Þá sé því hafnað sem röngu að ónauðsynlegt hafi verið að nýta 20 daga viðbótarfrestinn til að afla gagna, enda hafi Samkeppniseftirlitið þegar útskýrt að í athugasemdum við andmælaskjal, sem hafi borist skömmu fyrir lok 70 dags frests laganna, hafi komið fram nýjar röksemdir sem einmitt hafi kallað á frekari rannsókn.

Stefndu sjái ekki ástæðu til að bregðast við einstökum fullyrðingum aðalstefnanda um skilgreiningu markaða og telji að byggja eigi á þeirri markaðsskilgreiningu sem lögð hafi verið til grundvallar í kafla III í forsendum ákvörðunar Samkeppniseftirlits nr. 3/2011. Þessu mati Samkeppniseftirlits hafi áfrýjunarnefnd samkeppnismála jafnframt lýst sig sammála í forsendum úrskurðar í máli nr. 1/2011. Aðalstefnandi telji það ógildingarannmarka á úrskurði nefndarinnar að „engin rökstudd afstaða var þar tekin til ólíkra sjónarmiða um skilgreiningu markaða ...“. Þessu hafni stefndu og bendi á að nefndin hafi einmitt tekið skýra afstöðu með því að lýsa sig sérstaklega sammála því mati Samkeppniseftirlits að samruninn myndaði markaðsráðandi stöðu aðalstefnanda í svínarækt og styrkti slíka stöðu á markaði fyrir slátrun á svínum. Hér feli hið meira í sér hið minna. Nefndin hafi því í reynd verið að staðfesta markaðsskilgreiningar Samkeppniseftirlits í málinu.

Aðalstefnandi haldi því fram í stefnu að staða hans á markaði fyrir framleiðslu svínakjöts hafi verið ranglega metin og að hlutdeild hans á markaði fyrir svínakjöt árið 2010 hafi í reynd verið 45%. Stefndu telji að 45% hlutdeild á markaði fyrir svínakjöt sé einmitt staðfesting á að um markaðsráðandi stöðu hafi verið að ræða á þeim markaði. Viðurkennt sé í samkeppnisrétti að þegar markaðshlutdeild sé yfir 40% sé að öllu jöfnu um markaðsráðandi stöðu að ræða. Raunar geti markaðsyfirráð einnig verið til staðar þegar hlutdeildin sé á bilinu 25-40%, en þá þurfi að skoða önnur atriði, svo sem gerð markaðarins að öðru leyti, fjölda keppinauta, aðgang að fjármagni o.s.frv. Þá geri stefndu fyrirvara um hvernig markaðshlutdeild upp á 45% sé fengin og telji hana í reynd hærri, sbr. forsendur ákvörðunar Samkeppniseftirlits nr. 3/2011.

Sama gildi um hlutdeild aðalstefnanda á markaði fyrir slátrun svína. Jafnvel þótt stuðst yrði við hans eigið mat á hlutdeild, þ.e. 59% hlutdeild á árunum 2009 og 2010, sé augljóslega um svo háa hlutdeild að ræða að hún teljist til markaðsyferráða. Þannig sé viðurkennt í samkeppnisrétti að löglíkur séu fyrir markaðsyferráðum þegar hlutdeild fari yfir 50%. Sé málsástæða aðalstefnanda undir þessum lið því með öllu haldlaus. Að síðustu skipti staða aðalstefnanda á markaði fyrir heildarslátrun á kjötafurðum engu við úrlausn málsins, enda verði svo rúm markaðsskilgreining ekki lögð til grundvallar.

Stefndu telji óþarft að bregðast ítarlega og lið fyrir lið við ýmsum athugasemdum aðalstefnanda, sem lúti m.a. að samþjöppun á markaði, aðgangshindrunum, kaupendastyrk og efnahaglegum styrkleika og framleiðslugetu, af þeirri ástæðu að ekkert þessara atriða, hvort heldur eitt og sér eða metin heildstætt, hafi í raun áhrif á niðurstöðu samkeppnisyfirvalda. Ráðist þetta af þeirri einföldu staðreynd að sú markaðshlutdeild sem aðalstefnandi hafi náð með samrunanum leiði ein og sér, án tillits til nokkurra annarra þátta, til þeirrar niðurstöðu að markaðsráðandi staða hafi verið að myndast eða styrkjast við samrunann. Þetta sé sérstaklega augljóst á markaði fyrir slátrun svína, en þar sé aðalstefnandi samkvæmt eigin mati með 59% markaðshlutdeild. Af þeirri ástæðu einni hafi samkeppnisyfirvöldum verið heimilt að hlutast til um samrunann, enda sé það skilgreiningaratriði fyrir heimild til inngripa skv. 17. gr. c að „... markaðsráðandi staða eins eða fleiri fyrirtækja verði til eða slík staða styrkist ...“. Það hafi því verið hárrétt mat samkeppnisyfirvalda að markaðsráðandi staða á markaði fyrir slátrun svína styrktist. Að sama skapi hafi það verið rétt mat að markaðsráðandi staða á markaði fyrir framleiðslu svínakjöts hafi orðið til, enda leiði 45% markaðshlutdeild, en það sé mat aðalstefnanda á eigin hlutdeild, að öllu jöfnu til markaðsyferráða, sbr. að framan.

Stefndu séu sammála því mati stefnda, Samkeppniseftirlitsins, sem fram komi í ákvörðun nr. 3/2011, að öll þrjú skilyrði sem túlkunarreglur framkvæmdastjórnar ESB fjalli um þurfi að vera uppfyllt til að sjónarmið um fyrirtæki á fallanda fæti geti átt við, svo og að sönnunarbyrðin hvíli á samrunaaðilum. Jafnframt séu stefndu sammála því að fyrsta skilyrðið geti talist uppfyllt, þ.e. að rekstur Brautarholts og Grísagarðs hafi ekki verið lífvænlegur.

Stefndu kveðast alfarið hafna þeirri staðhæfingu aðalstefnanda að annað skilyrði túlkunarreglnanna, skilyrðið um möguleika á annarri sölu sem hefði haft minni samkeppnisröskun í för með sér, hafi verið uppfyllt. Staðreyndin sé sú að möguleiki á sölu Brautarholts og Grísagarðs til annarra félaga hafi verið til staðar, þ. á m. til stefndu, og hafi hann verið fyllilega forsvaranlegur. Hafi bankanum verið ýmsar leiðir færar sem ekki hafi verið farnar í málinu. Orkað hafi tvímælis að áskilja að einungis mætti selja búin í einu lagi. Sama gildi um þá staðreynd að eignirnar hafi ekki verið auglýstar til sölu opinberlega.

Aðalstefnandi haldi því fram varðandi þriðja skilyrðið að áfrýjunarnefndin geri þá kröfu að samrunaaðilar sanni að markaðshlutdeild hins fallanda félags myndi, hvort sem af samruna yrði eða ekki, öll færast til yfirtökufélagsins, þ.e. aðalstefnanda. Lestur forsendna áfrýjunarnefndar leiði hins vegar í ljós að nefndin geri ekki svo stranga kröfu að öll hlutdeildin hverfi að öðrum kosti til yfirtökufélagsins, heldur einungis að hún geri það að verulegu eða öllu leyti. Sé þetta skilyrði fyllilega í samræmi við erlenda dómaframkvæmd sem og viðurkennda afstöðu í samkeppnisfræðunum. Stefnu fái til að mynda með engu móti skilið hvers vegna umtalsverðar fjárfestingar í fasteignum og tækjum ættu ekki að nýtast áhugasömum aðilum í kjölfar þess að umrædd svínabú hafi verið tekin til slitameðferðar, ef því hafi verið að skipta. Raunar telji stefndu að umfjöllun aðalstefnanda í stefnu staðfesti einmitt að þriðja skilyrðið sé alls ekki uppfyllt. Þar komi fram það mat aðalstefnanda að ef enginn samruni hefði orðið og eignir horfið af markaði hefði markaðshlutdeild aðalstefnanda m.v. fjölda gylta hækkað úr 34% í 43%. Jafnframt komi fram að í reynd hafi markaðshlutdeild aðalstefnanda hækkað í 55% eftir samruna. Stefnu bendi á að miðað við þessar gefnu forsendur nemi samkeppnislegur skaði samrunans hækkun í hlutdeild upp á 12% umfram það sem annars hefði orðið. Þetta þýði m.ö.o. að skaðvænleg áhrif samrunans séu rúmlega helmingi meiri en annars hefði orðið. Svipað gildi ef miðað sé við markaðshlutdeild eftir tekjum. Þar með séu allar forsendur brostnar fyrir að vörnin um fyrirtæki á fallanda fæti komi til greina, enda byggi sú vörn á þeirri grunnforsendu að engin skaðvænleg samkeppnisleg áhrif verði í raun af samruna. Þegar af þessari ástæðu sé ljóst að meginmálsástæða aðalstefnanda undir þessum lið sé með öllu haldlaus. Af sömu ástæðu telji stefndu enga þörf á að bregðast við öðrum sjónarmiðum aðalstefnanda varðandi kenninguna um félag á fallanda fæti, að öðru leyti en að mótmæla þeim með almennum hætti.

Stefndu kveða engan vafa geta leikið á um heimild áfrýjunarnefndar til að vísa málinu til nýrrar meðferðar Samkeppniseftirlitsins. Sé hvað það varði tekið undir þau sjónarmið sem fram komi í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar nr. 7/2011 að kæruréttur stefndu á stjórnarsýslustigi yrði augljóslega gerður með öllu marklaus ef ekki væri fallist á heimild áfrýjunarnefndar til að fella samrunaákvörðun úr gildi og vísa henni til nýrrar meðferðar.

#### IV.

##### *Niðurstaða*

Eins og fyrr greinir lýtur kröfugerð aðalstefnanda og meðalgöngustefnanda, hér eftir almennt kallaðir stefnendur, að því að ógiltir verði með dómi úrskurðir áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 1/2011 og 7/2011, auk þess að ógilt verði ákvörðun stefnda Samkeppniseftirlitsins nr. 27/2011. Samkvæmt 40. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 verður ákvörðun Samkeppniseftirlitsins ekki borin undir dómstóla fyrr en úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála liggur fyrir í

máli, en í 41. gr. laganna er aðila sem vill ekki una úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála heimilað að höfða dómstól innan ákveðins frests til ógildingar á úrskurðinum. Hafa dómstólar litið svo á að með þessu sé skilið undan lögsögu dómstóla að kveða sérstaklega á um gildi ákvarðana Samkeppniseftirlitsins. Gildir það einnig þótt slík ákvörðun sé staðfest með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála, enda er þá ákvörðunin efnislega orðin hluti úrskurðarins. Af þessum sökum, og með vísan til 1. mgr. 24. gr. laga nr. 91/1991, verður kröfu stefnenda um ógildingunni á ákvörðun stefnda nr. 27/2011 vísað frá dómi.

Af hálfu stefnda Samkeppniseftirlitsins var því haldið fram við aðalmeðferð málsins að þar sem hvorki aðalstefnandi né meðalgöngustefnandi hefðu kært ákvörðun stefnda nr. 3/2011 til áfrýjunarnefndar samkeppnismála hefðu þeir ekki getað borið úrskurð nefndarinnar í máli nr. 1/2011 undir dómstóla. Með ákvörðun stefnda nr. 3/2011 var komist að þeirri niðurstöðu að ekki væru forsendur til að aðhafast frekar og var þar með fallist á sjónarmið samrunaðilanna í málinu, stefnenda í þessu máli. Leiddi af þeirri niðurstöðu að þeir höfðu ekki ástæðu til að leita endurskoðunar á þeirri ákvörðun hjá áfrýjunarnefnd. Verður ekki á það fallist með stefnda Samkeppniseftirlitinu að aðili samruna geti ekki, þegar svo háttar til sem hér að áfrýjunarnefnd samkeppnismála kemst að öndverðri niðurstöðu við Samkeppniseftirlitið, leitað ógildingar þeirrar niðurstöðu fyrir dómstólum. Verður kröfum stefnenda því ekki vísað frá dómi af þessum sökum.

Stefnendur byggja á því að Brynhildur Benediktsdóttir, nefndarmaður í áfrýjunarnefnd samkeppnismála, hafi verið vanhæf til að taka þátt í að úrskurða í umræddum málum nr. 1/2011 og 7/2011. Á því er byggt að hún hafi jafnframt verið starfsmaður í sjávarútvegs- og landbúnaðarráðuneytinu, en þáverandi ráðherra Jón Bjarnason hafi reynt að hafa áhrif á umdeilda sölu á svínabúunum, auk þess sem hann hafi opinberlega lýst skoðunum sínum á samþjöppun eignarhalds á markaði fyrir svínarækt. Samkvæmt 2. mgr. 9. gr. samkeppnislaga skulu í áfrýjunarnefnd samkeppnismála sitja þrjú menn og jafnmargir til vara, sem viðskiptaráðherra skipar eftir tilnefningu Hæstaréttar Íslands. Skulu aðrir fastir nefndarmenn en formaður nefndarinnar hafa faglega kunnáttu á sviði samkeppnis- og viðskiptamála. Verður að ætla að Brynhildur Benediktsdóttir hagfræðingur hafi verið skipuð í nefndina vegna faglegrar kunnáttu sinnar á sviði samkeppnis- og viðskiptamála. Vitnið Þórarinn Ingi Ólafsson, starfsmaður Arion banka hf., skýrði frá því við aðalmeðferð málsins að aðstoðarmaður ráðherrans hefði á þeim tíma, þegar tilraunir til að selja eignir svínabúanna stóðu yfir, hringt í sig og borið þau skilaboð frá ráðherranum að hann vildi að búin yrðu ekki seld án þess að áður yrði rætt við ráðherrann. Hafi það jafnframt komið fram að ráðherrann væri mjög mótfallinn sölunni til Stjórnugriss hf. Vildi hann helst að bankinn lokaði öðru búinu og að allt yrði reynt til að koma í veg fyrir það, enda væri slík sala óheppileg út frá samkeppnissjónarmiðum. Staðfesti vitnið Pétur Örn Richter, samstarfsmaður Þórarins Inga, að Þórarinn hefði á sínum tíma sagt sér frá greindu símtali. Enda þótt nefnd Brynhildur hafi verið fastur starfsmaður í sjávarútvegs- og landbúnaðarráðuneytinu, sem á þeim tíma sem hér um ræðir laut stjórn Jóns Bjarnasonar ráðherra, verður ekki fallist á að yfirlýsingar sem hafðar hafa verið eftir ráðherranum í tengslum við málið, hvort sem er í fjölmiðlum eða í einkasamtölum, geti leitt til vanhæfis hennar við

afgreiðslu þess í áfrýjunarnefndinni. Liggur enda ekkert fyrir um að ráðherrann hafi átt verulegra persónulegra hagsmuna að gæta í þessu efni. Verður því hafnað þeirri málsástæðu stefnenda að ógilda beri úrskurði áfrýjunarnefndar af þeim sökum.

Stefnendur telja að fella eigi úrskurð nr. 1/2011 úr gildi, svo og alla eftirfarandi málsmeðferð, á þeirri forsendu að þeir hafi ekki átt aðild að kærumáli því sem lokið hafi með úrskurðinum og af þeim sökum ekki komið þar að fjölda málsástæðna sem þeir hafi byggt á við meðferð málsins hjá stefnda Samkeppniseftirliti. Þessari málsástæðu er hafnað. Fyrir liggur að bæði aðalstefnanda og meðalgöngustefnanda var gefinn kostur á að koma að athugasemdum í málinu fyrir áfrýjunarnefnd og bárust þær með bréfum, dags. 4. og 5. apríl 2011. Þá kemur fram í úrskurði nefndarinnar að lögmaður aðalstefnanda, sem og tveir starfsmenn meðalgöngustefnanda, hafi verið viðstaddir munnlegan flutning málsins og gefist þar kostur að koma að athugasemdum, sem þeir og hafi gert. Verður því að telja að stefnendur hafi átt tök á því að koma að öllum þeim sjónarmiðum og málsástæðum sem þeir tefldu fram á fyrri stigum. Þá hafa þeir ekki bent á nein efnisatriði er nefndinni hafi ekki verið kunnugt um og hafi hugsanlega getað haft áhrif á ákvörðun hennar í málinu.

Stefnendur halda því fram að frestur sá sem stefndi, Samkeppniseftirlitið, hafði til að ógilda samrunann hafi liðið hinn 6. janúar 2011, en stofnunin tók ekki fyrri ákvörðun sína fyrr en 3. febrúar 2011. Með því að frestir stefnda hafi verið liðnir hafi engin lagaskilyrði staðið til þess að áfrýjunarnefndin felldi ákvörðun stefnda úr gildi og legði málið fyrir stefnda að nýju. Samkvæmt ákv. lokamálslið 1. mgr. 17. gr. d samkeppnislaga er Samkeppniseftirlitinu heimilt að framlengja 70 virkra daga frest sem það hefur samkvæmt ákvæðinu til afgreiðslu máls um allt að 20 virka daga telji það nauðsynlegt að afla frekari upplýsinga í máli. Fyrir liggur að í athugasemdum aðalstefnanda Stjórngríss hf. frá 23. desember 2010 við andmælaskjal stefnda frá 1. desember 2010 komu fram nýjar röksemdir sem Samkeppniseftirlitið taldi krefjast frekari rannsókna og gagnaöflunar. Er ekki tilefni til að raska því mati eftirlitsins, en fyrir liggur að frekari rannsókn og gagnaöflun fór fram. Þetta var rétt áður en 70 daga fresturinn rann út. Í tilvitnuðu lagaákvæði er ekkert kveðið á um að Samkeppniseftirlitinu sé skylt að tilkynna um það fyrirfram, eins og stefnendur halda fram, hyggist stofnunin taka sér umræddan viðbótarfrest. Lagaákvæðið er skýrt og breyta ummæli í greinargerð engu þar um. Verður þessari málsástæðu því hafnað.

Stefnendur kveðast telja það ógildingarannmarka á úrskurði áfrýjunarnefndar nr. 1/2011 að nefndin hafi ekki tekið neina rökstudda afstöðu til álitafna um skilgreiningu markaða. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 3/2011 er skilgreiningu markaða gerð ítarleg skil. Áfrýjunarnefndin lýsti því í niðurstöðu sinni að hún væri sammála mati stefnda um að samruninn myndaði markaðsráðandi stöðu aðalstefnanda í svínarækt og styrkti markaðsráðandi stöðu hans á markaði fyrir slátrun á svínum. Af úrskurði nefndarinnar verður ekki annað ráðið en hún taki undir forsendur og niðurstöður í ákvörðun stefnda og geri þær þar með að sínum.

Verður því ekki fallist á þau rök aðalstefnanda að fella beri úrskurð áfrýjunarnefndar úr gildi af þessum sökum.

Stefnendur vísa og til þess að úrskurður áfrýjunarnefndarinnar nr. 1/2011 og ákvörðun stefnda nr. 3/2011 hafi að ýmsu leyti byggst á röngu efnislegu mati og úrlausn varðandi samkeppnisskilyrði á þeim markaði/mörkuðum sem aðalstefnandi starfi á. Skilgreining stefnda á markaði sé of þröng. Miða hefði átt við að þeir markaðir sem aðalstefnandi starfaði á væru annars vegar markaður fyrir framleiðslu á kjötafurðum búfjár og hins vegar slátrun á kjötafurðum. Leiði þessi þrönga túlkun til þess að staða hans á markaði sé verulega ofmetin. Eins og áður segir er í fyrrgreindri ákvörðun stefnda ítarlega fjallað um skilgreiningu markaða, þar á meðal staðkvæmd á milli kjöts af ólíkum tegundum húsdýra. Er þar komist að þeirri niðurstöðu að almennt sé eftirspurnarstaðganga milli kjöttegunda ekki umtalsverð. Þá styðji sjónarmið um framboðsstaðgöngu það mat stofnunarinnar að svínakjöt sé á öðrum markaði en aðrar kjöttegundir, en ljóst sé að við framleiðslu kjöts af ólíkum dýrategundum sé að mörgu leyti beitt ólíkum aðferðum og þær krefjist allar sérútbúinna bygginga og búnaðar sem miðaður sé við þarfir hverrar dýrategundar fyrir sig. Með hliðsjón af þessu, auk tilvitnaðra fordæma framkvæmdastjórnar ESB, Samkeppniseftirlitsins sjálfs og áður samkeppnisráðs, þar sem jafnan hafi verið á því byggt að svínakjöt sé á sérstökum markaði á öllum sölustigum, kemst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að í máli þessu myndi svínaeldi, slátrun svína og vinnsla svínakjöts sérstaka markaði sem séu aðgreindir frá sambærilegum mörkuðum um viðskipti með kjöt af öðrum dýrategundum. Því næst eru í ákvörðuninni raktar í ítarlegu máli upplýsingar sem stofnunin hafi aflað frá markaðsaðilum um markaðshlutdeild svínabúa á árinu 2009, miðað við fjölda grísa og gylta, tekjur og framleitt magn í tonnum og markaðshlutdeild á árinu 2009, miðað við framleitt magn í tonnum að gefinni þeirri forsendu að Brautarholtsbúið hafi hætt framleiðslu. Má þar sjá að markaðshlutdeild samrunaaðila er í öllum tilvikum meiri en 50%. Tilgreindar eru og upplýsingar á markaðnum fyrir svínaslátrun á árunum 2008 og 2009 í tonnum og kemur þar fram að Stjörnugrís hf. hafi í öllum tilvikum verið með meira en þrisvar sinnum hærra markaðshlutdeild en sá keppinautur sem næst kom, á bilinu 60 til 70%. Þá er í ákvörðuninni gerð grein fyrir samþjöppun á markaðnum í heild sinni og í því sambandi stuðst við svokallaðan HHI-stuðul, sem almennt hefur verið talinn gefa vísbendingu um hve samþjöppun á markaði er mikil og hvers sé að vænta í þeim efnunum í kjölfar samruna. Er stuðull þessi í ákvörðuninni reiknaður út frá markaðshlutdeild svínaræktenda eftir veltu og markaðshlutdeild í slátrun eftir slátruðu magni í tonnum fyrir og eftir samruna. Samkvæmt þessum útreikningum taldi Samkeppniseftirlitið breytinguna á samþjöppunarstuðlinum það mikla að samruninn hefði í för með sér verulega samþjöppun á markaði þar sem veruleg samþjöppun hafi verið fyrir. Með hliðsjón af framangreindu komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að yrði samruninn heimilaður myndi hann leiða til markaðsráðandi stöðu aðalstefnanda Stjörnugrís hf. á markaðnum fyrir svínaeldi og styrkja markaðsráðandi stöðu hans á markaði fyrir slátrun á svínum. Með hliðsjón af tilvitnuðu ákvæði 17. gr. c í samkeppnislögum verður að játa Samkeppniseftirlitinu nokkuð svigrúm til mats á því hvenær samruni hindrar virka samkeppni „... með því að markaðsráðandi staða eins eða fleiri fyrirtækja verði til eða slík staða styrkist, eða verði til þess að samkeppni á markaði raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti“. Verður ekki annað séð en að framangreint mat

stefnda hafi í hvívetna verið málefnalegt og í samræmi við lögbundin og venjubundin viðmið í samkeppnisrétti. Þá verður ekki talið að stefndum hafi tekist að sýna fram á að stjórnslureglum hafi ekki verið fylgt við þetta mat eða við málsmeðferð áfrýjunarnefndar í málinu nr. 1/2011. Með vísan til þessa og forsendna áfrýjunarnefndar í úrskurði nr. 1/2011 og Samkeppniseftirlitsins í ákvörðun nr. 3/2011 er fallist á með stefndu að hinn umdeildi samruni myndi markaðsráðandi stöðu aðalstefnanda Stjörnugrís hf. í svínarækt og styrki markaðsráðandi stöðu félagsins á markaði fyrir slátrun á svínum. Á sama hátt er staðfest niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar um önnur atriði sem leiða til sterkari stöðu Stjörnugrís hf. á markaði, eins og sterka stöðu félagsins á eggjamarkaði, minnkandi möguleika annarra samkeppnisaðila til að stunda virka samkeppni, verði samruninn að veruleika, og erfiðleika fyrir nýja aðila að hasla sér völl á markaði og veita samrunafyrirtækinu nægilega virka samkeppni. Verður því ekki fallist á þau rök stefnenda að fella beri úrskurð áfrýjunarnefndar úr gildi af þessum sökum.

Eins og fram er komið átti aðalstefnandi Stjörnugrís hf. ekki hlut að áfrýjun á fyrri ákvörðun stefnda Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunarnefndarinnar heldur samkeppnisaðilar hans, aðrir stefndu í máli þessu. Verður ekki séð að ágreiningur sé milli aðila um að aðrir stefndu en Samkeppniseftirlitið hafi með réttu átt kærnaðild í málinu, enda sýnist sú niðurstaða og í samræmi við niðurstöður dómstóla og viðurkennd sjónarmið Evrópuréttar á sviði samkeppnismála. Í úrskurði sínum í málinu komst áfrýjunarnefndin að öndverðri niðurstöðu við Samkeppniseftirlitið varðandi vörn samrunaaðilanna sem lýtur að sjónarmiðum um félag á fallanda fæti. Var ákvörðun Samkeppniseftirlitsins felld úr gildi og málinu vísað aftur til eftirlitsins til frekari meðferðar og nýrrar ákvörðunar. Að lokinni frekari rannsókn Samkeppniseftirlitsins á atriðum er lutu sérstaklega að framangreindum sjónarmiðum, og að fengnum sjónarmiðum málsaðila og hagsmunaaðila þar um, tók eftirlitið nýja ákvörðun í málinu hinn 21. júlí 2011. Halda stefndur því fram að Samkeppniseftirlitinu hafi skort lagaheimild til afskipta af samrunanum í framhaldi af niðurstöðu áfrýjunarnefndarinnar, enda sé í 2. mgr. 17. gr. e samkeppnislaga einungis kveðið á um slíka heimild þegar „... dómstóll eða áfrýjunarnefnd samkeppnismála ógildir ákvörðun um höfnun samruna eða um setningu skilyrða fyrir samruna vegna formgalla á málsmeðferð ...“ Þegar hafður er í huga viðurkenndur réttur samkeppnisaðila til að skjóta ákvörðun Samkeppnisstofnunar til áfrýjunarnefndar samkeppnismála verður ekki séð að það geti samræmst þeim rétti að túlka tilvitnað ákvæði á þann veg að það útiloki Samkeppniseftirlitið frá að taka nýja ákvörðun þegar áfrýjunarnefndin hefur á efnislegum forsendum ógilt ákvörðun þess um að hafast ekki að vegna samruna, eins og hér háttar til. Þá verður einnig, við skýringu á greindu ákv. 2. mgr. 17. gr. e, að líta til forsögu þess, en ákvæði þetta kom inn í samkeppnislögin með lögum nr. 94/2008. Í greinargerð með frumvarpi til þeirra laga kemur fram að gert sé ráð fyrir að Samkeppniseftirlitið muni eftir sem áður líta til framkvæmdar EES- og ESB-réttar við túlkun laganna. Þá kemur þar fram að fyrirmynd ákvæðisins sé sótt til 5. mgr. 10. gr. Evrópureglugerðar um samruna, reglugerð ráðsins (EB) nr. 139/2004 frá 20. janúar 2004. Tilvitnað ákvæði 5. mgr. 10. gr. reglugerðarinnar liggur ekki fyrir dómnum í íslenskri þýðingu en ekki verður séð að í því ákvæði sé að finna stoð fyrir þeirri þrengingu á endurskoðunarheimild Samkeppniseftirlitsins að hún sé bundin við ákvarðanir eftirlitsins um að ógilda samruna vegna formgalla. Að virtu því sem hér hefur verið rakið er framangreindri málsástæðu stefnenda hafnað.

Fallist er á það með stefndu að Samkeppniseftirlitið hafi í framhaldi af ógildingu áfrýjunarnefndar á ákvörðun nr. 3/2010 haft 30 virka daga til að taka nýja ákvörðun, eins og raunin varð í máli þessu.

Stefnendur hafa ekki sýnt fram á þær staðhæfingar sínar að rannsóknarregla, jafnræðisregla og andmælairegla stjórnarsýsluréttarins, sbr. 10., 11. og 13. gr. stjórnarsýslulaga, hafi verið virtar að vettugi við töku seinni ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins og seinni úrskurðar áfrýjunarnefndarinnar. Verður ekki annað séð en ítarleg sjónarmið málsaðila um þau atriði sem máli skiptu hafi legið fyrir Samkeppniseftirlitinu og áfrýjunarnefndinni, þar á meðal ítarleg viðbótarsjónarmið sett fram í framhaldi af úrskurði áfrýjunarnefndar nr. 1/2011 og ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 27/2011, ásamt gögnum varðandi skilyrðin um fyrirtæki á fallanda fæti o.fl. Skal í því sambandi tekið fram, vegna staðhæfinga stefnenda um að Samkeppniseftirlitið hafi vanrækt skyldu til að kanna hvort einhverjar breytingar hafi orðið á markaðsaðstæðum sem máli gætu skipt við mat stefnda, að aðilum samruna er sjálfum skylt samkvæmt ákv. 2. mgr. 17. gr. e í samkeppnislögum að tilkynna eftirlitinu um slíkar breytingar með nýrri samrunatilkynningu. Þá geta atriði sem varða andmælarétt stefnenda hjá Samkeppniseftirlitinu ekki varðað ógildingu úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála, sbr. t.d. dóma Hæstaréttar í málum nr. 323/2003 og 37/2003. Verður þessum málsástæðum stefnenda því hafnað.

Stefnendur byggja á því að þeir hafi fært fram sönnun fyrir því að uppfyllt séu skilyrði þess að samþykkja samruna svínabúanna á grundvelli sjónarmiðanna um fyrirtæki á fallanda fæti. Óumdeilt er að unnt sé, innan ramma gildandi samkeppnislaga, að taka tillit til varna samrunaaðila sem byggjast á sjónarmiðum um félag á fallanda fæti. Byggjast slík sjónarmið á framkvæmd og reglugerðum Evrópuréttar og eiga þau rætur sínar að rekja til þess að yfirtaka á félagi, sem ella yrði að hætta rekstri, geti í vissum tilvikum skipt litlu eða engu máli í samkeppnislegu tilliti. Felst í þessu að það geti verið í þágu langtímahagsmuna neytenda að framleiðslutæki haldist í rekstri þrátt fyrir að keppendum á markaði fækki við yfirtöku. Sýnist óumdeilt að miðað sé við eftirgreind megin skilyrði þegar metið er hvort félag sé á fallanda fæti: 1) Að fyrir liggi að félag það sem málsaðilar halda fram að stefni í þrot muni í nánustu framtíð hrökklast af markaðnum vegna fjárhagserfiðleika, 2) að möguleiki á annarri sölu nefnds félags, sem hefði minni röskun í för með sér, sé ekki til staðar og 3) að eignir þess félags sem stefnir í þrot myndu óhjákvæmilega hverfa af markaðnum og ekki verða grundvöllur nýs rekstrar, ef ekki kæmi til samrunans. Ljóst er að um er að ræða undantekningarreglu frá þeirri meginreglu að samkeppnisyfirvöld skuli grípa til íhlutunar vegna samruna sem skapar eða styrkir markaðsráðandi stöðu. Verður að telja að það hvíli á aðalstefnanda að sýna með óyggjandi hætti fram á að öllum framangreindum skilyrðum hafi verið fullnægt þannig að engin skaðvænleg samkeppnisleg áhrif verði í raun af samruna.

Fyrir liggur að sala umræddra svínabúa var ekki auglýst opinberlega. Enda þótt framburður vitnanna Péturs Arnar Richter og Þórarins Inga Ólafssonar hafi upplýst frekar um hvernig að sölutilraunum bankans var staðið breytir það ekki því að ekki hefur verið nægilega í ljóst leitt að aðrir kaupendur hafi haft sömu möguleika og Stjórnugrís hf. á að kaupa svínabúin og að aðrir kostir hafi verið kannaðir nægilega. Hafa stefnendur því ekki sýnt fram á að ekki hafi verið fyrir hendi skárri leiðir í samkeppnislegu tilliti. Þá verður heldur ekki talið að aðilar stefnendur hafi sýnt nægilega fram á að markaðshlutdeild umræddra svínabúa hefði allt að einu fallið til Stjórnugrís hf. hefðu búin verið lögð niður og eignir þeirra horfið af markaði. Er í því sambandi sérstaklega til þess litið að aðilar samrunans hafa ekki hrakið það mat Samkeppniseftirlitsins að keppinautar aðalstefnanda hafi haft ónýtta framleiðslugetu sem líklegt væri að þeir hefðu leitast við að nýta til að auka framleiðslu sína, ef ekki hefði komið til samrunans, og þannig haft möguleika á að sækja þá markaðshlutdeild sem hin föllnu svínabú höfðu skilið eftir. Einnig er til þess horft að í stefnu Stjórnugrís hf. er tekið fram að miðað við að enginn samruni hefði orðið og eignir horfið af markaði megi áætla að markaðshlutdeild aðalstefnanda, miðað við fjölda gylta, hefði hækkað úr 34% í 43%, samanborið við að áætla megi að markaðshlutdeild félagsins í kjölfar samrunans nemi 55%. Verður samkvæmt því ekki annað ráðið en að samkeppnislegur skaði samrunans nemi 12% hækkun í markaðshlutdeild umfram það sem annars hefði orðið.

Með hliðsjón af framangreindu, og þar sem vörnin um fyrirtæki á fallanda fæti byggir á því að engin skaðvænleg samkeppnisleg áhrif verði í raun af samruna, verður ekki fallist á með stefnendum að þeim hafi tekist að sýna fram á að uppfyllt séu skilyrði þess að samþykkja samruna svínabúanna á grundvelli þessara sjónarmiða.

Að virtu öllu því sem að framan er rakið er það niðurstaða dómsins að sýkna beri alla stefndu af dómkröfum aðalstefnanda og meðalgöngustefnanda um ógildingu úrskurða áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 1/2011 og 7/2011.

Eftir þessum úrslitum málsins verða aðalstefnandi og meðalgöngustefnandi dæmdir til að greiða í sameiningu stefnda Samkeppniseftirlitinu 800.000 krónur og öðrum stefndu 800.000 krónur í málskostnað.

Ásgeir Magnússon héraðsdómari kveður upp dóm þennan.

**Dómsorð:**

Kröfu aðalstefnanda, Stjórnugríss hf., og meðalgöngustefnanda, Arion banka hf., um ógildingu á ákvörðun stefnda Samkeppniseftirlitsins nr. 27/2011, er vísað frá dómi.

Stefndu, Samkeppniseftirlitið, Búvangur ehf., Hlíð ehf., Grís og Flesk ehf., Ormsstaðir ehf., Stefán Þórðarson ehf. og Baula ehf., eru sýknaðir af kröfum aðalstefnanda og meðalgöngustefnanda að öðru leyti.

Aðalstefnandi og meðalgöngustefnandi greiði sameiginlega stefnda Samkeppniseftirlitinu 800.000 krónur og öðrum stefndu 800.000 krónur í málskostnað.

Ásgeir Magnússon