

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 20. desember 2013 í máli nr. E-2045/2012:

Langisjór ehf.

Síld og Fiskur ehf.

Matfugl ehf.

(Stefán Geir Þórisson hrl.)

gegn

Samkeppniseftirlitinu

(Gizur Bergsteinsson hrl.)

I.

Mál þetta, sem dómtekið var 1. nóvember 2013, er höfðað 6. júní 2012 af Langasjó ehf., Sundagörðum 10, 104 Reykjavík, Síld og fiski ehf., Dalshrauni 9b, 220 Hafnarfirði, og Matfugli ehf., Völuteigi 2, 270 Mosfellsbæ, gegn Samkeppniseftirlitinu, Borgartúni 26, 105 Reykjavík.

Stefnendur krefjast þess aðallega, að felldur verði úr gildi úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 16. febrúar 2012 í máli nr. 13/2011 Langisjór ehf., Síld og fiskur ehf., og Matfugl ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu, svo og ákvörðun stefnda nr. 36/2011, frá 7. nóvember 2011.

Til vara krefjast stefnendur þess, að ákvæði úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 16. febrúar 2012 í máli nr. 13/2011, svo og ákvæði ákvörðunar stefnda nr. 36/2011, um að stefnandi, Langisjór ehf., skuli greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð 80.000.000 kr. verði felld úr gildi að öllu leyti eða sektarfjárhæðin lækkuð verulega, svo og að þau skilyrði, sem stefnendum voru sett með ákvörðun stefnda og úrskurði áfrýjunarnefndarinnar, verði felld úr gildi.

Í öllum tilvikum er þess krafist að stefndi greiði stefnendum málskostnað að skaðlausu samkvæmt málskostnaðarreikningi, sem lagður verður fram við aðalmeðferð málsins, eða samkvæmt mati dómsins.

Stefndi krefst sýknu af kröfum stefnenda og þess að stefnendum verði gert að greiða sér málskostnað.

II.

Málsatvik.

Í ársbyrjun 2007 hóf stefndi almenna athugun á viðskiptasamningum birgja, þ. á m. stefnenda, og matvöruverslana. Í maí 2008 birti stefndi niðurstöðu athugunar sinnar í skýrslu nr. 1/2008, Viðskiptasamningar birgja og annað samstarf fyrirtækja á matvörumarkaði. Í skýrslunni er meðal annars greint frá verðkönnun, sem stefndi gerði í þrettán matvöruverslunum, þar sem kannað var verð á kjöti og vörum unnum úr kjöti, þ.m.t. kjúklingum. Verðkönnun hafi leitt í ljós að tiltekna framleiðsluafurðir væru verðmerktar fyrir fram fyrir verslanir með svokölluðu leiðbeinandi smásöluverði og að mjög lítill verðmunur var á milli verslana á þeim kjötvörum, sem verðmerktar voru með leiðbeinandi smásöluverði. Á hinn bóginn hafi verð á öðrum vörum, sem verslanirnar verðmerktu sjálfar, verið mjög breytilegt eftir verslunum og verðmunur í sumum tilvikum numið allt að tugum prósentu. Stefndi taldi þetta vísbendingu um að verðsamkeppni væri takmörkuð á milli matvöruverslana á þeim kjötvörum, sem væru merktar með leiðbeinandi smásöluverði. Í skýrslunni var sérstaklega tekið fram, að stefndi tæki ekki á þessu stigi „afstöðu til þess hvort samningar einstakra fyrirtækja brjóti gegn bannákvæðum samkeppnislaga“, en myndi hins vegar fylgja þessari athugun eftir með sérstökum stjórnarsýsluathugunum, þar sem kannað væri hvort tiltekin fyrirtæki hefðu brotið gegn ákvæðum samkeppnislaga nr. 44/2005.

Í kjölfar þessa hófst sérstakt stjórnarsýslumál af hálfu stefnda, þar sem tekið var til rannsóknar hvort Hagar hf. (verslanir Bónuss) og helstu kjötvinnslufyrirtæki hér á landi hefðu brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga með samráði um forverðmerkingar á kjötvörum, sem voru seldar í verslunum Bónuss. Rannsókn á háttsemi stefnanda, Síldar og fisks ehf., hófst með bréfi stefnda, dags. 15. janúar 2009, sbr. einnig bréf stefnda, dags. 12. mars sama ár. Rannsókn á háttsemi stefnanda, Matfugls ehf., hófst síðan með bréfi stefnda, dags. 12. mars 2009.

Á þeim tíma, sem rannsóknin tók til, var stefnandi, Langisjór ehf., eigandi stefnanda, Matfugls ehf., og 14. júní ehf., sem átti allt hlutfé í stefnanda Síld og fiski ehf. Þann 5. júlí 2010 sendi stefndi stefnendum, Síld og fiski ehf. og Matfugli ehf., andmælaskjal í málinu, þar sem þeirri frumniðurstöðu var lýst, að Hagar hf. og átta kjötvinnslufyrirtæki hefðu með lóðréttu verðsamráði brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga í tengslum við smásöluverðlagningu á kjötvörum í verslunum Bónuss. Þann 28. september 2010 voru sendar athugasemdir stefnanda, Síldar og fisks ehf. og Matfugls ehf., við andmælaskjalið. Eftir útgáfu andmælaskjalsins sneru Hagar hf. og flest kjötvinnslufyrirtækin sér til stefnda og óskuðu eftir að ljúka málinu með sátt skv. 17. gr. f. samkeppnislaga. Gengið var frá sáttum við þessa aðila í september og október 2010. Með þeim játuðu fyrirtækin brot á 10. gr. samkeppnislaga og greiddu sektir. Þá skuldbundu þau sig til þess að breyta tiltekinni háttsemi sinni, sbr. ákvörðun stefnda nr. 33/2010 frá 14. desember 2010. Stefnendur, Matfugl ehf. og Síld og fiskur ehf., óskuðu eftir sáttaviðræðum en viðræður við þá skiluðu ekki árangri.

Þann 16. nóvember 2010 beindi stefndi málinu formlega að stefnanda Langasjó ehf. og gaf honum kost á að tjá sig um það frummat stefnda, að „heimilt sé að beina mögulega íþyngjandi ákvörðun vegna ætlaðra brota félaganna Síldar og fisks og Matfugls á 10. gr. samkeppnislaga að Langasjó, móðurfélagi félaganna tveggja“. Í svarbréfi stefnanda Langasjávar voru gerðar fjölmargar athugasemdir við erindi stefnda, þar með talið við þá frumniðurstöðu að stefnendur væru ein efnahagsleg eining í skilningi samkeppnisréttar. Jafnframt voru gerðar athugasemdir við það að málinu sem slíku, þ.m.t. rannsókn þess, hafi ekki verið beint að stefnanda Langasjó ehf. Í bréfi stefnanda Langasjávar ehf., dags. 15. desember 2010, um tilvísun stefnda til andmælaireglu stjórnarsýslulaga í bréfi dags. 13. desember 2010, þá ítrekaði stefnandi að rannsókn málsins hefði ekki beinst að Langasjó ehf. og Langisjór ehf. hafi aldrei fengið afhent andmælaskjal, en það væri forsenda þess að geta neytt lögbundins andmælaréttar. Í bréfi stefnda til stefnanda, Langasjávar ehf. dags. 17. desember benti stefndi á að með bréfum, dags. 2. júlí 2010, hafi stefnanda, Síld og fiski ehf. og Matfugli ehf., verið sent umrætt andmælaskjal og var vísað til þess að framkvæmdastjóri stefnanda, Langasjávar ehf., hafi þann 28. september 2011 sent stefnda athugasemdir stefnendanna, Matfugls ehf. og Síldar og fisks ehf. Áréttað var boð til stefnanda, Langasjávar ehf., um að koma að frekari sjónarmiðum við andmælaskjalið og jafnframt boðið að ef óskað yrði nýs eintaks af andmælaskjalinu, myndi Samkeppniseftirlitið verða við slíkri ósk.

Þar sem ekki náðist sátt við stefnendur tók stefndi ákvörðun í málinu nr. 36/2011 þann 7. nóvember 2011 og í ákvörðuninni var komist að þeirri niðurstöðu, að stefnendurnir, Síld og fiskur ehf. og Matfugl ehf., hafi brotið 10. gr. samkeppnislaga með þeirri háttsemi, sem lýst var í ákvörðuninni. Móðurfélaginu, stefnanda Langasjó ehf., var gert að greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð 80.000.000 króna vegna brotanna. Þá var stefnendunum, Síld og fiski ehf. og Matfugli ehf., með heimild í 16. gr. samkeppnislaga og til að stuðla að virkri samkeppni á þeim mörkuðum, sem félögin starfa á, gert að hlíta tilteknum skilyrðum.

Með bréfi stefnda dags. 7. nóvember var stefnanda Langasjó ehf. tilkynnt um ákvörðun stefnda, þar sem vakin var athygli á ákvörðuninni, sem var að stjórnvaldssekt var lögð á stefnanda, Langasjó ehf., og í annan stað, vakin athygli á málskotsheimild til áfrýjunarnefndar samkeppnismála skv. 9. grein samkeppnislaga. Sama dag, 7. nóvember 2011, var dótturfélögunum, stefnendum, Síld og fiski ehf. og Matfugli ehf. afhent bréf þar sem tilkynnt var framangreind ákvörðun stefnda.

Með stjórnarsýslukærum, dags. 2. desember 2011, skutu stefnendur ákvörðuninni til áfrýjunarnefndar samkeppnismála, þar sem þess var krafist aðallega, að hin kærða ákvörðun yrði felld úr gildi, en til vara að skilyrði 1.-4. töluliðs. 4. mgr. ákvörðunarorða hennar yrðu felld úr gildi og álögð sekt felld niður eða lækkuð verulega. Þá var þess krafist að réttaráhrifum þeirra skilyrða, sem sett voru dótturfélögum stefnanda, Langasjávar ehf., yrði frestað.

Stefndi skilaði greinargerð til nefndarinnar 12. desember 2011, stefnendur skiluðu athugasemdum við greinargerðina 19. sama mánaðar og loks gerði stefndi athugasemdir við þær 23. sama mánaðar. Mál stefnanda voru sameinuð á fundi nefndarinnar 12. janúar 2011. Jafnframt var hafnað kröfu stefnanda um að réttaráhrifum þeirra skilyrða, sem stefnendunum, Síld og fiski ehf. og Matfugli ehf.,

voru sett, yrði frestað. Málið var síðan munnlega flutt fyrir nefndinni 23. janúar 2012. Í úrskurði nefndarinnar 16. febrúar 2012 í máli 13/2011 var ákvörðun stefnda staðfest, en gildistöku á fyrirætlum ákvörðunar stefnda frestað frá 1. mars. til 3. apríl 2012.

Við aðalmeðferð máls kom fyrir dóminn Gunnar Þór Gíslason, framkvæmdastjóri og stjórnarmaður í Langasjó ehf., stjórnarmaður og framkvæmdastjóri stefnanda Síldar og fisks ehf. og stjórnarmaður stefnanda Matfugls ehf. Einnig gáfu skýrslu fyrir dómi vitnin Guðmundur Marteinsson, framkvæmdastjóri Bónuss, og Eiður Gunnlaugsson, framkvæmdastjóri Kjarnafæðis.

III.

1. Málsástæður og lagarök stefnenda.

Varðandi aðild þá er tekið fram af hálfu stefnenda að með tilliti til þess að stefnendur hafi allir tiltekinna hagsmuna að gæta í málinu, hafi verið tekin ákvörðun um að þeir yrðu allir stefnendur málsins, sbr. 1. mgr. 19. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála, enda sé dómkröfur að rekja til sömu atvika og aðstöðu í skilningi ákvæðisins. Í þessu felist þá ekki að stefnendur fallist á að stefnandi, Langasjó ehf., og dótturfélögin, Síld og fiskur ehf. og Matfugl ehf., séu ein efnahagsleg eining í skilningi samkeppnisréttar. Til að mynda hafi tilkynning stefnda um ákvörðun eftirlitsins, án leiðbeininga um kæruleiðir, verið í ósamræmi við þá niðurstöðu stefnda að félögin teljist öll ein efnahagsleg eining.

Stefnendur byggja á því, að skilgreining á mörkuðum af hálfu samkeppnisfirvalda sé röng, enda sé fyrir hendi staðganga milli einstakra kjöttegunda á markaðnum og fleiri matavara. Því er hafnað, að um sé að ræða sérstakan markað fyrir kjúklingakjöt og sérstakan markað fyrir svínakjöt og að hlutdeild stefnenda, Síldar og fisks ehf. og Matfugls ehf., sé meiri en 30%. Þá verði að setja fyrirvara við það, að skipta markaðnum niður eftir frosnum og unnum kjötvörum. Í heild sé markaðsskilgreining samkeppnisfirvalda í málinu of þröng. Markaðurinn mótist m.a. af því, að um er að ræða vörur með lítið geymsluþol og markaðurinn sé breytilegur frá degi til dags og sömu sjónarmið eigi ekki við frá degi til dags. Um geti verið að ræða árstíðabundið ástand, en aðalatriðið sé, að markaðurinn sé síkvikur og því kunní að vera að sömu sjónarmið eigi alls ekki við á öllum tímum varðandi það hvaða háttsemi felur í sér ólögmæta samkeppnishegðun og hver ekki. Þessara sjónarmiða sé í engu gætt af samkeppnisfirvöldum í máli þessu og þegar af þeirri ástæðu beri að taka dómkröfur stefnenda til greina.

Þá benda stefnendur á, að í máli þessu hafi samkeppnisfirvöld ekki tekið tillit til þess, að stjórnarskrárvarin eignarréttindi felist í því að eiga vörumerki af því tagi, sem stefnendur eiga, og í skjóli þess eignarréttar, hafi eigendur slíkra vörumerkja tilteknar heimildir, sem reglur samkeppnisréttarins geta ekki skert eða þrengt nema að takmörkuðu leyti. Í máli þessu sé þessi eignarréttur að engu hafður af hálfu samkeppnisfirvalda.

Varðandi aðalkröfu stefnenda, er í fyrsta lagi á því byggt að sektarákvörðun hafi ranglega beinst að Langasjó ehf., enda myndi félagið ásamt dótturfélögunum, stefnendum, Síld og fisk ehf. og Matfugli ehf., ekki eina efnahagslega einingu í skilningi samkeppnisréttar.

Í öðru lagi byggja stefnendur á því að málsmeðferð stefnda hafi verið verulega áfátt og hún farið gegn meginreglum mannréttindasáttmála Evrópu og stjórnslu- og samkeppnisréttar, auk þess sem málsmeðferðin samrýmist ekki reglum um málsmeðferð samkeppnisyfirvalda nr. 880/2005.

Í þriðja lagi er á því byggt, að samskipti stefnenda, Síld og fisks ehf. og Matfugls ehf., hafi ekki falið í sér brot á 10. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Líta þurfi m.a. til sönnunargagna heildstætt, m.a. með hliðsjón af forsögu málsins, eiginleika hinna seldu vara og kaupendastyrks Bónuss.

Stefnendur vísa til þess, að áfrýjunarnefndin hafi fallist á þá niðurstöðu stefnda að beina sektarákvörðun að móðurfélaginu stefnanda, Langasjó ehf., og nefndin vísi til úrskurðar í máli nr. 14/2009, um að viðurkennt sé í samkeppnisrétti að oft megi líta á móður- og dótturfélag sem nokkurn veginn sama aðilann og að heimilt sé að leggja sektir á móðurfélög vegna samkeppnislagabrota annarra fyrirtækja innan samsteypu þeirra. Áherslan liggja þá á að leggja sektina á þann aðilann, sem hefur arðinn af starfsemi samsteypunnar og situr í raun við stjórnvölinn í starfseminni. Stefnendur byggja á því að það sé augljóst, að dótturfélögin geti með engu móti talist deildir innan móðurfélagsins, auk þess sem þau hafi fullt rekstrarsjálfstæði og komi móðurfélagið raunverulega ekkert að rekstri þeirra. Enn fremur byggi nefndin á því, að þegar einn aðili fer með eignarhlut brotlegs félags að fullu, sé heimilt að líta á eigandann sem hluta af hinni efnahagslegu einingu, nema sérstaklega standi á og byggi þessi niðurstaða á úrskurðum nefndarinnar og réttarframkvæmd. Þetta telji stefnendur ekki fá staðist.

Í ákvörðunum stefnda sé rakið að stefnandi, Langisjór ehf., sé móðurfélag stefnanda, Matfugls ehf., sem eignaðist allt hlutfé í stefnanda, Síld og fiski ehf., árið 2005. Tilteknir stjórnarmenn móðurfélagsins eigi hlut í félaginu auk annarra og á rannsóknartímabili máls þessa, hafi þeir setið í stjórnnum stefnendanna, Síldar og fisks ehf. og Matfugls ehf., og komið fram fyrir hönd félaganna gagnvart stefnda. Á þessum grundvelli sé heimilt að beina íþyngjandi ákvörðunum vegna ætlaðra brota dótturfélaganna að stefnanda, Langasjó ehf. Stefnendur byggja á því að stefnandi, Langisjór ehf., sé í reynd ekkert annað en móðurfélag utan um eignarhald dótturfélaga og það hafi veri stofnað einvörðungu í þeim tilgangi að halda utan um tilteknar eignir fjölskyldumeðlima og vegna skattalegs hagræðis. Þá hafi eini tilgangur félagsins samkvæmt samþykktum þess frá upphafi verið „að stunda fjárfestingar í arðbærum atvinnurekstri og lánastarfsemi“, sbr. 2. gr. samþykktanna. Auk stefnenda, Matfugls ehf. og Síldar og fisks ehf., séu félögin, Brimgarðar ehf., Mata hf. og Salathúsið ehf., dótturfélög Langasjávar ehf. Þá sjáist af ársreikningi stefnanda, Langasjávar ehf., að lítil rekstrarumsvif séu í félaginu, óveruleg velta og félagið eigi enga fastafjármuni, hvorki fasteignir, vélar né tæki, aðra en eignarhluti í dótturfélögum sínum. Þannig sé engum eiginlegum rekstri til að dreifa. Félagið hafi til dæmis ekki skráð símanúmer í símaskrá og eina athöfn félagsins felist í því að árlega er boðað til aðalfundar, þar sem reikningar eru bornir upp til samþykktar og fram fari önnur aðalfundarstörf í samræmi við samþykktir og landslög.

Þá gera stefnendur athugasemdir við ýmsar tilvísanir stefnda í ákvörðun 36/2001.

Í fyrsta lagi vísa stefnendur til athugasemda með frumvarpi að lögum nr. 107/2000 um breytingar á samkeppnislögum, nr. 8/1993, með síðari breytingum. Gagnlegt sé að líta til ummæla athugasemdanna varðandi skýringu á hugtakinu efnahagsleg eining. Þar segir að um slíka einingu sé að ræða „þegar dótturfyrirtæki eða félag innan sömu samstæðu hefur ekki raunverulegt frelsi til að ákveða aðgerðir sínar á markaði“. Þá segi jafnframt, að ef dótturfélag er „í raun ígildi deildar innan móðurfélags“ sé um eina efnahagslega einingu að ræða. Af þessu sé ljóst, að raunverulegt frelsi til aðgerða á markaði ráði úrslitum við skýringu á því hvort um eina efnahagslega einingu er að ræða.

Þá vísa stefnendur til þess að með athugasemdum með 3. gr. laga nr. 107/2000, sem fólu í sér breytingu á 10. gr. samkeppnislaga, sé enn fremur ljóst, að ákvæðinu er ætlað að ívilna fyrirtækjum sem mynda eina efnahagslega einingu, en ekki íþyngja. Ef félög mynda eina efnahagslega einingu geti samningar þeirra á milli ekki fallið undir bannákvæði 10. gr. laganna. Sú staðreynd að enginn raunverulegur rekstur er í móðurfélaginu stefnanda, Langasjó ehf., og félagið hefur þann eina starfa að sinna árlegum aðalfundarstörfum, staðfesti að dótturfélög þess hafa raunverulegt sjálfstæði og frelsi til markaðsaðgerða. Dótturfélögin séu heldur ekki ígildi deilda innan móðurfélagsins, enda þyrfti móðurfélagið þá að stunda einhvern raunverulegan rekstur.

Í öðru lagi gera stefnendur athugasemdir við túlkun stefnda á fordæmum Evrópuréttar. Í dómi Evrópudómstólsins í máli *Dansk Rørindustri*, í sameinuðum málum nr. C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P til C-208/02 P og C-213/02 P. Stefnendur telja að niðurstöður í þessum málum verði tæplega skildar öðru vísi en að til þess að um eina efnahagslega einingu sé að ræða, þurfi að sýna fram á að ákvarðanir í rekstri dótturfélags séu í reynd móðurfélagsins. Öll yfirráð verði þannig að vera á hendi móðurfélagsins og eignatengsl dugi ekki í þessu tilliti. Þannig liggi fyrir, að ef stefnandi, Langisjór ehf., hefði ekki verið stofnað um eignarhluti fjölskyldumeðlima, og fjölskyldumeðlimir þess í stað persónulega átt eignarhluti í dótturfélagunum, yrði sektarákvörðun aldrei beint að einstaklingunum persónulega.

Stefnendur byggja á því að engin haldbær gögn eða upplýsingar styðji, að stefnandi, Langisjór ehf., hafi í reynd stjórnað ákvörðunum stefnendanna, Matfugls ehf. og Síldar og fisks ehf. Þvert á móti hafi félögin, eins og önnur dótturfélög stefnanda, Langasjávar ehf., notið sjálfstæðis í sínum rekstri. Það að stjórnarmenn og eigendur stefnanda, Langasjávar ehf., sitji í stjórnnum stefnendanna, Síldar og fisks ehf. og Matfugls ehf., breyti engu, enda alþekkt og viðtekin venja að stjórnir félaga séu skipaðar fulltrúum hluthafa. Stefnendur telja hins vegar að það leiði ekki til þess, að móðurfélag stjórnir öllum ákvörðunum dótturfélaga eða hafi afgerandi áhrif á rekstur þeirra. Almennt hafi ekki verið talið að móðurfélög sem stofnuð eru utan um dótturfélög út af lagalegu hagræði, þ.e. „eignarhaldsfélög“, hafi á sinni hendi öll yfirráð dótturfélags. Sú staðreynd að fyrirsvarsmenn móðurfélagsins komu fram fyrir hönd dótturfélaganna breyti engu, enda séu þeir fyrirsvarsmenn dótturfélaganna. Þannig hafi þeir því komið fram fyrir hönd þeirra en ekki móðurfélagsins.

Þá benda stefnendur á að tilvísun stefnda til erlendra og innlendra fordæma eigi ekki við, þar sem ekki sé í neinu fordæmanna um að ræða móðurfélög með enga raunverulega starfsemi. Mál Hf. Eimskipafélags Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/2008, sé frábrugðið, því þar hafi verið um skiptingu félaga að ræða þar sem eitt félag tók við raunverulegum rekstri sem áður var stundaður í öðru félagi. Þá hafi tilvísun til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 9/2008, Hörður Einarsson gegn Samkeppniseftirlitnu, ekkert gildi, enda hafi áfrýjunarnefndin þar einkum byggt á nánnum rekstrarlegum tengslum lífeyrissjóða og banka á grundvelli rekstrarsamninga lífeyrissjóða við bankana. Aftur á móti sé engum slíkum rekstrarsamningum til að dreifa í tilviki stefnanda, Langasjávar ehf., og dótturfélaga. Þá telja stefnendur tilvísun stefnda til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 14/2009, Hagar gegn Samkeppniseftirlitinu, haldlausa, þar sem Hagar séu ekki einungis eignarhaldsfélag, heldur félag í umtalsverðum rekstri.

Stefnendur mótmæla því, sem stefndi byggir á, að þar sem félögin myndi eina efnahagslega einingu, sé unnt að beina málinu að móðurfélaginu jafnvel þótt það hafi ekki tekið þátt í brotlegum aðgerðum dótturfélagsins. Stefndi hafi ekki beint stjórnáráð málinu að stefnanda, Langasjó ehf., og geti slíkt ekki staðist og það sé á skjön við grundvallarreglur stjórnáráðs, t.d. andmælareglu 13. gr. stjórnáráðslaga og rannsóknarreglu í 10. gr. sömu laga, sem og málsmeðferðarreglur Samkeppniseftirlits nr. 880/2005. Sektorúrræði á borð við stjórnvaldssektina, sem lögð hafi verið á stefnanda, Langasjó ehf., teljist til refsikennindra viðurlaga. Við úrskurð, sem felur í sér slík refsikennend viðurlög, beri að vanda sérstaklega til rannsókna og undirbúnings og gæta formreglna til hins ýtrasta.

Stefnendur vísa til þess, að samkvæmt 11. gr. málsmeðferðarreglna stefnda, skuli tilkynna þeim, sem málið beinist að, um upphaf þess. Reglan sé náskyld 14. gr. stjórnáráðslaga um að stjórnvald skuli, svo fljótt sem því verður við komið, vekja athygli aðila á því, að mál hans sé til meðferðar. Stefnda hafi verið í lófa lagið að beina málinu í heild sinni að stefnanda Langasjó ehf. í upphafi þar sem stefnandi Langasjó ehf. var á öllu hinu ætlaða brotatímabili 2006-2008 eignarhaldsfélag stefnendanna, Matfugls ehf. og Síldar og fisks ehf. Stefndi, Langasjó ehf., hafi ekki fengið neina tilkynningu við upphaf málsins eða undir rekstri þess. Félagið hafi hins vegar fyrst verið dregið að borðinu, þegar málið var fullrannsakað af stefnda og þá kynnt að til álita kæmi að beita félagið verulega íþyngjandi stjórnvaldssektum eftir að sáttaviðræður stefnendanna, Matfugls ehf. og Síldar og fisks ehf., og stefnda, báru ekki árangur og í ljós kom bág efnahagsstaða þeirra félaga.

Samkvæmt 15. gr. málsmeðferðarreglna stefnda um aðgang að gögnum, skulu aðilar að málum fyrir stefnda eiga rétt á að kynna sér gögn um málið. Senda skuli málsaðila gögn, sem berast frá gagnaðila eða vekja athygli á þeim. Stefndi skal einnig vekja athygli á öðrum gögnum sem stafa frá málsaðila, teljist þau til málgagna, og gefa þeim kost á að kynna sér þau. Stefndi, Langasjó ehf., hafi aldrei verið kynnt gögn málsins og félaginu hafi fyrst verið gert viðvart um málið með bréfi stefnda, dags. 16. nóvember 2010, og þá hafi honum einungis verið gefið færi á að tjá sig um þá ákvörðun stefnda, að til álita kæmi að leggja á félagið

verulega íþyngjandi stjórnvaldssektir. Með bréfi stefnda, dags. 18. ágúst 2011, hafi stefnanda, Langasjó ehf., svo verið gefinn kostur á að tjá sig um eitt atriði sem dótturfélagið stefnandi, Síld og fiskur ehf., hafði vikið að í sínum andmælum, dags. 28. september 2010. Þar var vísað til rannsóknar stefnda frá 1997. Ítrekað hafi verið óskað eftir sjálfu andmælaskjalinu, en það hafi aldrei verið sent stefnanda Langasjó ehf. undir rekstri málsins. Stefndi byggir skv. framansögðu á því að málsmeðferðin hafi því verið í beinni andstöðu við 3. mgr. 17. gr. málsmeðferðarreglnanna, en þar segi að andmælaskjal skuli sent aðilum máls. Þá hafi stefnanda, Langasjó ehf., heldur ekki verið tilkynnt um lok gagnaöflunar, sbr. 19. gr. reglnanna. Málsmeðferð stefnda gagnvart stefnanda, Langasjó ehf., hafi því öll verið í brýnni andstöðu við málsmeðferðarreglur eftirlitsins. Auk þess hafi verið brotið gegn ýmsum meginreglum stjórnsýsluréttar, einkum 10. og 13. gr. stjórnsýslulaga. Þá telur stefndi ljóst, að málshraðaregla 9. gr. stjórnsýslulaga og 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög 62/1994, hafa verið þverbrotnar.

Í því sambandi vísa stefnendur til þess, að rekja megi upphaf málsins til þess, að stefnanda, Síld og fiski ehf., barst þann 15. október 1997 erindi frá Samkeppnisstofnun, sem bar heitið „Smásöluverðmerking framleiðenda í matvælaíðnaði og útgáfa smásöluverðlista“. Í bréfinu hafi verið vísað til þess, að í 1. mgr. 11. gr. þágildandi samkeppnislaga nr. 8/1993 segi, að óheimilt sé að ákveða verð, afslætti eða álagningu, sem gilda skuli við endursölu vöru á næsta sölustigi. Þrátt fyrir framangreint ákvæði verðmerki ýmsir matvælaframleiðendur vörur sínar með endursöluverði eða gefi út verðlista með endursöluverði án þess að geta þess skýrlega, að um leiðbeinandi verð sé að ræða. Niðurstaða könnunar Samkeppnisstofnunar á fylgni verslana við smásöluverðákvarðanir og verðmerkingar framleiðenda hafi verið sú, að kjötvörur merktar hjá framleiðanda væru að jafnaði seldar á því verði sem framleiðendur gæfu upp sem leiðbeinandi smásöluverð. Fram hafi komi í bréfinu, að samkeppnisyfirvöld hefðu haft til athugunar að fylgja til hins ýtrasta ákvæðum þágildandi 11. gr. samkeppnislaga, en samkeppnisyfirvöld hafi ekki fylgt málinu eftir og óljóst hafi verið hvort málið hafi verið fellt niður eða hvort rannsókn þess hafi verið hætt eða tafist þennan langa tíma. Árið 2001 hafi komið út matvælaáskýrsla Samkeppnisstofnunar, en ekki hafi fylgt sjálfstætt stjórnsýslumál í kjölfarið, eins og boðað var í niðurstöðum skýrslunnar. Stefnendur vísa til þess að skýrslan sýni glögglega, að samkeppnisyfirvöldum hafi verið fullkunnugt um þá viðskiptahætti sem tíðkaðir voru á matvörumarkaði á tímabilinu 1996-2000. Stefndi hafi síðan gefið út aðra skýrslu nr. 1/2008 um viðskiptasamninga milli birgja og annað samstarf fyrirtækja á matvælamarkaði. Þar segir m.a., að stefndi telji að verðmerkingar birgja fyrir matvöruverslanir, og þau samskipti sem tengjast þeim, kunni að fela í sér samninga í skilningi 10. gr. samkeppnislaga og til álita komi hvort þeir fari gegn umræddu lagaákvæði. Einnig komi 11. gr. samkeppnislaga til álita, ef um markaðsráðandi stöðu er að ræða, engin afstaða hafi hins vegar verið tekin til þess enn sem komið er, hvort umræddar verðmerkingar og tengd atriði fari gegn ákvæðum samkeppnislaga. Stefnendur telja að þessi 14 ára málsmeðferðartími feli í sér brýnt brot á 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu um réttláta málsmeðferð innan hæfilegs tíma, sbr. lög 62/1994, sbr. og málshraðareglu 9. gr. stjórnsýslulaga. Hinn langi tími frá upphafi rannsóknar á árinu 1997, þar til ákvörðun stefnda var loks tekin, hljóti að teljast verulegur annmarki sem varði ógildingunni. Hér hafi verið um svo óhóflegan drátt að ræða, að ekki verður séð að stefndi geti með nokkru móti réttlætt hann.

Stefnendur byggja á því, að þar sem stefnandi, Langisjór ehf., fékk hvorki andmælaskjal né lista yfir gögn málsins, hafi stefndi ekki sinnt þeirri grunnskyldu, að sjá til þess að stefnandi, Langisjór ehf., hefði raunhæfan kost á að koma að andmælum í málinu. Að auki hafi þess ekki verið gætt til hlítar að málið væri nægilega upplýst áður en ákvörðun var tekin í því. Þar sem stefnandi, Langisjór ehf., fékk aldrei andmælaskjalið til umsagnar, eða aðgang að öllum gögnum málsins, hafi stefnandi, Langisjór ehf., ekki getað haldið uppi þeim vörnum, sem hann hefði kosið að gera. Í þessu sambandi breyti engu þótt einn stjórnarmanna stefnanda, Langasjávar ehf., hafi sent inn athugasemdir stefnendanna, Síldar og fisks ehf. og Matfugls ehf., fyrir hönd þeirra félaga. Þá benda stefnendur á, að athugasemdir dótturfélaganna þurfi ekki endilega að endurspegla viðhorf móðurfélagsins til málsins, enda leiði auk þess af samþykktum stefnanda Langasjávar ehf., að tvo stjórnarmenn þurfi til að binda félagið. Þá hafi aldrei verið fjallað um málið á vettvangi móðurfélagsins og því fráleitt að athugasemdir í nafni dótturfélaga geti bundið móðurfélagið. Einnig er gagnrýnt með hvaða hætti stefndi hafi notfært sér upplýsingar, sem fram komu í sáttaviðræðum við stefnendurna, Síld og fisk ehf. og Matfugl ehf., en stefndi taldi sig á þeim grundvelli hafa málefnalegar forsendur til að beina sektarákvörðun að stefnanda, Langasjó ehf., vegna ætlaðra brota dótturfélaganna.

Stefnendur telja mál þetta hliðstætt máli nr. 5/2006, Diskurinn ehf. og fl. gegn Samkeppniseftirlitinu. Málin séu þó ólík að því leyti, að í því máli fékk móðurfélag seljanda andmælaskjal sent til umsagnar, þótt seint hafi verið. Auk þess hafi verið um samrunamál að ræða, en ekki mál sem varðaði ætlað brot á 10. gr. samkeppnislaga. Málin eigi það þó sammerkt, að í báðum er fjallað um ríka hagsmuni móðurfélags aðila máls. Stefndi hafi haldið uppi hliðstæðum málflutningi í báðum málum, þ.e. að móðurfélaginu hafi frá upphafi mátt vera ljóst að mál þess væri til meðferðar og að fram myndi fara rannsókn á grundvelli samkeppnislaga. Stefndi hafi hins vegar ekki byggt á að Diskurinn ehf. og Sena ehf. væru ein efnahagsleg eining.

Stefnendur telja mál þetta einnig líkt þeim þætti olíusamráðsmálsins, sem sneri að Skeljungu og dótturfyrirtæki félagsins, Bensínorkunni. Félögin hafi talist fyrirtækjasamstæða í skilningi þágildandi samkeppnislaga (sama og ein efnahagsleg eining í gildandi samkeppnisrétti) og vísa stefnendur til forsendna áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004, varðandi þátt Bensínorkunnar.

Stefnendur vísa til þess að stefnandi, Langisjór ehf., hafi aldrei gripið til andmæla gegn andmælaskjali málsins í heild sinni, heldur einungis þeim þáttum, sem sérstaklega voru bornir undir félagið. Þar sem andmælaskjalið beindist ekki að félaginu, verði það ekki sakað um aðgerðarleysi. Þá hafi varnir stefnendanna, Síldar og fisks ehf. og Matfugls ehf., verið með ólíkum hætti undir rekstri málsins. Engu að síður hafi stefnandi, Langisjór ehf., einn verðið gerður ábyrgur til greiðslu sekta.

Þá vísa stefnendur til þess, að af dómaframkvæmd Evrópudómstólsins leiði, að jafnvel þótt aðilar máls hafi átt kost á að kynna sér og gera athugasemdir við andmælaskjal framkvæmdastjórnarinnar, geti skortur á því að gefa aðilum kost á að koma að rannsókn máls frá upphafi, í raun ónýtt eða a.m.k. torvelað rétt hlutaðeigandi til andmæla, sbr. 55. mgr. í málinu C-113/04 P. Þá leiði af rannsóknarreglu stjórnarsýslulaga, að stjórnvöldum sé óheimilt að beita

sönnunarreglum í stað rannsóknar. Þar sem staðreyndir máls eru ekki nægilega upplýstar, sé stjórnvöldum þannig óheimilt að grípa til mats- eða sönnunarreglna fyrir en þau hafa árangurslaust reynt að rannsaka mál á tilhlýðilegan hátt. Stefndi hafi í máli þessu byggt á því að verulegar líkur standi til þess að stefnandi, Langisjór ehf., og stefnendur, Síld og fiskur ehf. og Matfugl ehf., myndi eina efnahagslega einingu. Undir rekstri málsins hafi stefnandi, Langisjór ehf., hafnað þessu alfaríð og fært fyrir þeirri afstöðu sinni ítarlegar röksemdir, sbr. m.a. bréf félagsins, dags. 6. desember 2010, sem ítrekaðar voru í bréfi, dags. 15. desember 2010. Telja stefnendur, standist það yfirhöfuð skv. íslenskum rétti, að löglíkur hafi verið fyrir því að félögin myndi eina efnahagslega einingu og að stefnandi, Langisjór ehf., hafi borið sönnunarbyrði fyrir hinu gagnstæða, að sönnunarbyrði hafi snúist við á ný í kjölfar andmællanna. Hafi stefnda þannig borið að rannsaka og upplýsa málið frekar á grundvelli almennra rannsóknar- og eftirlitsheimilda og færa fram haldbær gögn eða upplýsingar, sem styddu það að stefnandi, Langisjór ehf., hafi í reynd haft afgerandi áhrif og stjórnað ákvörðunum dótturfélaganna og þau ekki notið raunverulegs sjálfstæðis í sínum rekstri. Í stað þess að sjá til þess að málið væri nægilega upplýst að þessu leyti, hafi stefndi kosið að styðjast við almennar ályktanir, löglíkur og sönnunarreglur. Eins og nýleg framkvæmd Evrópudómstólsins sýni glögglega, sé samkeppnisyfirkvöldum óheimilt að beita svo almennum ályktunum í stað rannsóknar og ítarlegs rökstuðnings. Í forsendum ákvörðunar stefnda segi, að stefnandi, Langisjór ehf., hafi ekki lagt fram nein gögn sem sýni að þrátt fyrir umrætt eignarhald hafi dótturfélögin í raun notið sjálfstæðis frá móðurfélaginu. Verði enda að telja að slík gögn geti ekki verið fyrir hendi í ljósi þeirra sterku stjórnunarlegu tengsla sem séu á milli fyrirtækjanna allra.

Samkvæmt þessu hafi stefndi meðhöndlað málið þannig að löglíkur fyrir einni efnahagslegri einingu væru raunverulega gerðar óhrekjanlegar, en slíkt fari gegn íslenskum stjórnisýslurétti, grundvallarreglum Evrópuréttar og ákvæðum mannréttindasáttmála Evrópu. Það hljóti að teljast ómálefnalegt sjónarmið af hálfu stjórnvalds að krefjast þess, að móðurfélag leggi fram gögn, sem sýni að þrátt fyrir 100% eignarhald hafi dótturfélög notið raunverulegs sjálfstæðis, en á sama tíma að fullyrða að engin slík gögn geti verið fyrir hendi í ljósi sterkra stjórnunarlegra tengsla. Stefnendum sé þannig gert alls ómögulegt að sanna raunverulegt sjálfstæði dótturfélaganna. Dómaframkvæmd um að það sé skilgreiningaratriði efnahagslegrar einingar að dótturfélög njóti ekki raunverulegs sjálfstæðis er þannig gerð marklaus. Með því að leggja fyrir stefnendur að sanna hið ómögulega, sé úrskurður áfrýjunarnefndar ekki aðeins ógildanlegur, heldur í reynd ógildur. Í íslenskum stjórnisýslurétti hafi einnig um langt skeið verið gengið út frá því, að stjórnvaldsákvörðanir sem leggja skyldur á aðila máls, sem honum er alls ómögulegt að uppfylla, séu ógildar. Það verði því ekki metið stefnanda, Langisjór ehf., til áfellis að hafa ekki lagt fram önnur gögn en samþykktir og ársreikning félagsins, sem staðfesti sjálfstæði dótturfélaganna.

Stefnendur vísa til þess að á síðasta ári hafi Evrópudómstóllinn felld nokkrar ákvörðanir framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins úr gildi og vísa til Elf Aquitaine SA v. Commission (Case C-521/09 P). Dómurinn hafi talið, að þegar ákvörðun í samkeppnismálum varði nokkur fyrirtæki og tengist því hvernig ábyrgð þeirra sé háttáð, verði að rökstyðja með fullnægjandi hætti ábyrgð hvers og eins þeirra. Þegar móðurfyrirtæki er talið bera ábyrgð á ólögumætri háttsemi dótturfyrirtækis, þurfi ákvörðunin að vera ítarlega rökstudd svo unnt sé að réttlæta ábyrgð móðurfélagsins á brotinu. Evrópudómstóllinn telji að þegar ákvörðun

framkvæmdastjórnarinnar byggi á að löglíkur séu fyrir að fyrirtæki hafi haft afgerandi áhrif á háttsemi dótturfélags, verði framkvæmdastjórnin ætíð að rökstyðja hvers vegna staðreyndir og málsástæður, sem byggt er á, nægja ekki til að hrekja löglíkurnar. Annars séu löglíkurnar gerðar óhrekjanlegar í framkvæmd. Stefnendur telja að úrskurður áfrýjunarnefndar sé haldinn sömu annmörkum og umrædd ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar. Í stað þess að rökstyðja ítarlega hvers vegna móðurfélagið stefnandi, Langisjór ehf., eigi að bera ábyrgð á ætluðum brotum dótturfélaganna, byggir stefndi á almennum ályktunum, löglíkum og sönnunarreglum. Þannig afmarkist rökstuðningur stefnda eingöngu við þá staðreynd, að dótturfélögin séu í 100% eigu stefnanda, Langasjávar ehf., og að það séu fyrir hendi stjórnunarleg tengsl milli félaganna.

Stefnendur byggja á því, að stefnandi, Langisjór ehf., hafi engin afskipti haft af rekstri dótturfélaganna. Tölvupóstsamskipti og önnur gögn frá stefnanda, Matfugli ehf., og stefnanda, Síld og fiski ehf., staðfesti einnig sjálfstæði dótturfélaganna, enda hafi heildsöluverð, leiðbeinandi endursöluverð eða markaðsaðgerðir dótturfélaganna aldrei verið bornar undir móðurfélagið né hafði móðurfélagið yfirhöfuð haft nokkur afskipti af þeim atvikum sem málið snýst um.

Af hálfu stefnanda er á því byggt, að framangreindir annmarkar séu svo verulegir, að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi ekki getað bætt úr þeim á kærustigi. Sektarákvörðun hafi þannig verið beint að röngum aðila, þ.e. móðurfélagi sem ekki hafði afgerandi áhrif á ákvarðanir dótturfélaga sinna. Beri því að fella úrskurð áfrýjunarnefndar úr gildi.

Stefnendur byggja á því að niðurstaða áfrýjunarnefndar fari í bága við þau markmið samkeppnislaga að vinna gegn óhæfilegum hindrunum og takmörkunum á frelsi í atvinnurekstri, vinna gegn skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum og að auðvelda aðgang nýrra samkeppnisaðila að markaðnum, sbr. 1. gr. samkeppnislaga. Niðurstaða nefndarinnar stuðli í reynd að þessum þáttum, sem reynt sé að forðast með samkeppnislögum. Ekki sé unnt að líta á þau samskipti, sem vísað er til í ákvörðunum samkeppnisyfirvalda, sem brot á 10. gr. samkeppnislaga. Þetta ráðist m.a. af kaupendastyrk Bónuss. Í úrskurði áfrýjunarnefndar hafi verið fallist á það mat stefnda, að viðskiptaferli stefnanda, Matfugls ehf. og Síldar og fisks ehf., annars vegar og Bónuss hins vegar, fæli í sér lóðrétt verðsamráð, sem bryti gegn 10. gr. samkeppnislaga. Á því hafi verið byggt af hálfu samkeppnisyfirvalda, að reglur Samkeppnisstofnunar (nú Samkeppniseftirlit) nr. 256/2002 um hópundanþágur fyrir flokka lóðrétttra samninga og samstilltra aðgerða („hópundanþágan“) eigi ekki við í tilviki stefnandanna, Matfugls ehf. og Síldar og fisks ehf., vegna þess að samskipti þeirra og Bónuss um forverðmerkingar teljist til alvarlegra samkeppnishamla í skilningi 4. gr. a. reglnanna. Stefnendur vísa til þess að réttarframkvæmdin á sviði samkeppnismála í Danmörku, sem búi við algerlega sambærilega löggjöf og er hér á landi, hafi verið í þá veru, að ólögmeitt lóðrétt verðsamráð feli í sér annars konar háttsemi, svo sem hvatningu til lágmarksverðs eða bann við samhliða innflutningi. Skilningi stefnda í máli þessu sé þar af leiðandi algerlega hafnað.

Stefnendur benda á, að af hálfu stefnda hafi verið byggt á því, að lóðrétt verðsamráð sé „per se“ brot. Í nýjum leiðbeiningarreglum framkvæmdastjórnarinnar, nr. 33/2010, komi þó fram, að ekki sé sjálfgefið að lóðréttir samningar feli í sér brot þótt markaðshlutdeild fari yfir 30%. Í

leiðbeiningum um lóðréttar samkeppnishömlur (e. guidelines on vertical restraints) sé fjallað um hvað teljist til alvarlegra samkeppnishamla í skilningi 4. gr. a. í hópundanþágunni, en tilvísaðar reglur stefnda sæki fyrirmynd sína þangað. Af 47. mgr. leiðbeininganna megi ráða, að það sé grundvallaratriði við mat á því hvort samningur teljist fela í sér lóðrétt verðsamráð, þ.e. að samningur hafi það beint eða óbeint að markmiði að kveða á um fastákveðið eða lágmarkssöluverð eða verðbil, að kaupanda sé í reynd skylt að lúta slíku ákvæði. Sama markmiði verði þó náð óbeint, t.d. ef samið er um ákveðinn afslátt sem endursöluaðili fær ef vara er seld á tilteknu verði eða verðbili, ef viðmiðunarendursöluverð er tengt endursöluverði keppinauta eða ef t.d. ógnir, hótanir, aðvaranir, viðurlög, tafir eða neitun um afhendingu og riftun sammings eru afleiðingar þess fyrir kaupanda að verðviðmið er ekki virt. Tekið sé fram í leiðbeiningunum að listi með leiðbeinandi verðum eða hámarksverðum geti ekki einn og sér verið talinn hafa slíkt í för með sér. Hið leiðbeinandi söluverð verði að jafngilda föstu verði eða því sem næst, til að um lóðrétt verðsamráð geti verið að ræða. Í a-lið 4. gr. reglugerðar ESB 2790/1990 sé viðurkennt svigrúm birgis til að ákveða hámarkssöluverð eða leiðbeinandi söluverð, að því tilskildu að það jafngildi ekki föstu eða fastákveðnu verði eða lágmarkssöluverði vegna þrýstings eða hvatningar frá öðrum hvorum aðilanum.

Að því marki, sem markaðshlutdeild stefnenda, Síldar og fiskis ehf. og Matfugls ehf., kunni í einhverjum tilvikum að fara umfram 30%, telja stefnendur að slíkt breyti engu varðandi lögmæti háttsemi fyrirtækjanna. Í fyrrnefndum leiðbeiningum framkvæmdastjórnarinnar sé mælt fyrir um samkeppnisréttarlega þýðingu leiðbeinandi söluverðs eða hámarkssöluverðs í þeim tilvikum, þegar markaðshlutdeild framleiðanda er hærri en 30%.

Í 226. mgr. leiðbeininganna komi fram að afleiðingar leiðbeinandi söluverðs eða hámarkssöluverðs geti annars vegar verið þær, að endurseljendur beiti slíku verði sem nokkurs konar viðmiðunarverði við endursölu, m.ö.o. að þeir fylgi því flestir eða allir, og hins vegar að það geti mögulega greitt fyrir samráði milli framleiðenda. Í 227. mgr. segi enn fremur, að þeim mun sterkari sem staða framleiðandans sé, þeim mun líklegra sé að hámarksverð eða leiðbeinandi verð hans leiði til þess að endurseljendur beiti leiðbeinandi verði sem viðmiði í viðskiptum sínum. Markaðsstyrkur framleiðanda kunni því að vera svo mikill hvati fyrir endurseljendur, að þeir telji erfitt eða ómögulegt að aðskilja sig frá hinu leiðbeinandi verði. Þá segir í 228. mgr., að annað mikilvægasta atriðið við mat á mögulegum samkeppnishamlandi áhrifum leiðbeinandi söluverðs eða hámarkssöluverðs sé staða keppinauta á markaðnum. Framkvæmdastjórnin telur einkum að sú framkvæmd að gefa út leiðbeinandi söluverð eða hámarkssöluverð á fákeppnismörkuðum geti mögulega leitt til samráðs framleiðenda þannig að auðvelt geti reynst fyrir þá að skiptast á upplýsingum um hið eftirsóttta verð og þannig megi draga úr líkum á lægra endursöluverði. Hafi leiðbeinandi söluverð slíkar afleiðingar, geti það leitt til þess að um brot á 10. gr. samkeppnislaga sé að ræða. Stefnendur vekja athygli á, að stefndi hefur ekki byggt á samráði milli framleiðanda.

Stefnendur byggja á að ekki fáist séð, að stefnendur, Matfugl ehf. og Síld og fiskur ehf., njóti slíkrar stöðu á markaðnum sem mælt er fyrir um í 227. mgr. leiðbeininganna. Markaðshlutdeild fyrirtækjanna á skilgreindum markaði sé langt frá því að geta talist þess eðlis, að endursöluaðilar, hvað þá Bónus, séu undir markaðslegum þrýstingi til að leggja hið meinta leiðbeinandi smásöluverð til

grundvallar við verðákvarðanir, þ.e. þannig að það jafngildi nokkurs konar föstu verði. Dæmin sanni annað. Sá markaður sem fyrirtækið starfi á teljist ekki fákeppnismarkaður í skilningi samkeppnisréttar. Hvorugt framangreindra atriða leiðbeininga framkvæmdastjórnarinnar eigi því við. Löglíkur standi þannig jafnframt til þess, sbr. 226. gr., að hið forverðmerкта verð geti ekki talist til þess fallið að jafngilda nokkurs konar föstu viðmiðunarverði við endursölu.

Stefnendur byggja á því, að það liggja fyrir í gögnum málsins, að Bónus hafi tekið ákvörðun um að selja forverðmerktar vörur alls ekki á því verði sem birginn ákveður, heldur ávallt á lægra verði og svo hafi það verið frá upphafi. Bónus hafi því ítrekað veitt hærri afslætti en hin merktu verð gáfu til kynna. Bónus hafi einnig árum saman óskað eftir sérstökum verðmerkingum frá birgjum á verði sem Bónus ákvað. Því hafi verið um að ræða verðákvrðun Bónuss, en ekki birgis. Í málinu liggja fyrir fjölmörg tilvik þar sem leiðbeinandi smásöluverði var breytt í kjölfar athugasemda Bónuss. Þau dæmi sanna, að Bónus hafði ákvörðunarvald um smásöluverðlagningu. Af hálfu stefnenda er áréttað, að stefnendur hafi aldrei hvatt neinn viðskiptavina sinna til að ákveða eitthvað tiltekið lágmarksverð eða að veita meiri eða minni afslætti en viðskiptavinirnir hafa sjálfir ákveðið.

Stefnendur byggja á því að ekkert í gögnum málsins bendi til þess að það sé markmið stefnenda, Síldar og fisks ehf. og Matfugls ehf., að takmarka svigrúm Bónuss til að ákveða söluverð sitt. Ekkert gefi heldur ástæðu til að ætla að Bónus sé undir einhverjum markaðslegum þrýstingi frá þessum félögum um verðákvarðanir. Það sé aðalatriði og kjarni málsins. Slík ályktun væri verulega langsótt í ljósi augljóss kaupendastyrks Bónuss og þeirrar miklu samkeppni, sem ríki framboðsmegin á markaðnum. Bónus hafi fullt og ótakmarkað svigrúm þegar kemur að verðákvrðunum. Forverðmerkt verð stefnenda, Matfugls ehf. og Síldar og fisks ehf., hafi þannig í öllum tilvikum eingöngu verið leiðbeinandi. Þetta leiði af kaupendastyrk Bónuss og samkeppni stefnenda, Matfugls ehf. og Síldar og fisks ehf., við aðra framleiðendur. Mikil samkeppni ríkir því framboðsmegin, en lítil kaupendamegin. Markmið forverðmerkinganna sé ekki að takmarka möguleika Bónuss á að ákvarða endursöluverð varanna í verslunum sínum, heldur helgist það af sérstökum atvikum og hegðunarvenjum á markaði. Skilyrði hópundanþágunnar eigi því ljóslega við þegar markaðshlutdeild fyrirtækjanna er lægri en 30%. Yfirburðastyrkur Bónuss og skortur á markaðsstyrk stefnenda, Matfugls ehf. og Síldar og fisks ehf., leiði til þess að Bónus hefur í reynd aldrei þurft að fylgja leiðbeinandi smásöluverði. Sátt Haga við samkeppnisfyrvöld breyti þar engu. Sú ákvörðun Haga að gangast undir sátt skýrist væntanlega af skráningu á markað sem var í undirbúningi af hálfu Arion banka hf. og hefur nú átt sér stað.

Stefnendur benda á, að samkeppnisfyrvöld virðist gera sér ljóst að leiðbeinandi endursöluverð geti samræmst samkeppnislögum og vísa í því sambandi til svokallaðs pistils forstjóra stefnda nr. 1/2011. Þrátt fyrir þetta virðist stefndi leggja áherslu á að lóðrétt verðsamráð teljist undantekningarlaust alvarlegt brot á samkeppnislögum og sé m.a. vísað til ummæla í greinargerð með frumvarpi að lögum nr. 107/2000.

Af hálfu stefnenda er í þessu sambandi ítrekuð tilvísun til bréfs stefnda til stefnanda, Síldar og fisks ehf., árið 1997, sem bar heitið „Smásöluverðmerking framleiðenda í matvælaíðnaði og útgáfa smásöluverðlista“, sem þar var rakið undir kaflanum, „Annmarkar á málsmeðferð stefnda“. Þá vísa stefnendur til þess sem

segir í niðurstöðum skýrslunnar á bls. 15, í samandregnum niðurstöðum á bls. 15, í kafla með fyrirsögninni: tillögur Samkeppnisstofnunar, en þar segi síðan orðrétt: „Með hliðsjón af niðurstöðum þessarar könnunar og þeim atriðum, sem rakin hafa verið og varða samkeppni- og viðskiptahætti á matvörumarkaðnum, mun Samkeppnisstofnun hefjast handa við sérstakt stjórnsýslumál.“ Sjö árum síðar hafi stefndi gefið út skýrslu nr. 1/2008, um viðskiptasamninga milli birgja og annað samstarf fyrirtækja á matvörumarkaði. Þar sé sérstakur 5. kafli um forverðmerkingar birgja fyrir matvöruverslanir – leiðbeinandi smásöluverð. Þar segir m.a., að stefndi telji „að verðmerkingar birgja fyrir matvöruverslanir, og þau samskipti sem tengjast þeim, kunni að fela í sér samninga í skilningi 10. gr. samkeppnislaga og til álita kemur hvort þeir fari gegn umræddu lagaákvæði. Einnig getur 11. gr. komið til álita, ef um markaðsráðandi stöðu er að ræða. Engin afstaða hefur hins vegar verið tekin til þess enn sem komið er hvort „umræddar verðmerkingar og tengd atriði fari gegn ákvæðum samkeppnislaga“.

Árið 2008, þ.e. 11 árum frá bréfi stefnda til stefnanda, Síldar og fisks ehf., hafi eftirlitið enn enga afstöðu tekið til þess hvort „umræddar verðmerkingar og tengd atriði fari gegn ákvæðum samkeppnislaga“. Stefnendur telji, í ljósi þessara ummæla í lok rannsóknartímabils þessa máls, að stefndi á þessum tímamarki hafi þekkt fullkomlega öll málsatvik í tengslum við forverðmerkingar. Engu að síður hafi eftirlitið ekki treyst sér til að taka afstöðu til lögmætisins. Spyrja megi hvernig kjötframleiðendur gátu vitað um ólögmæti fyrirkomulagsins þegar eftirlitsstjórnvaldið var ekki afdráttarlausara en raun ber vitni.

Samkvæmt áliti 1/2008 hafi stefndi hins vegar ákveðið að gera verðkönnun til að kanna samkeppnisleg áhrif forverðmerkinga birgja. Virðist þar hafa verið um að ræða algerlega samsvarandi verðkönnun og þá sem kynnt var í bréfi til stefnanda, Síldar og fisks ehf., á árinu 1997. Stefnendur taka undir umfjöllun stefnda um kaupendastyrk Haga/Bónuss í ákvörðun stefnda nr. 64/2008, bls. 79.

Stefnendur vísa til þess, að varðandi sönnun telji áfrýjunarnefndin í máli nr. 3/2004 (Bensínorkan), að enginn vafi sé á því, að gera verði ríkar kröfur til sönnunargagna og mats á þeim þegar um verulega íþyngjandi ákvarðanir er að ræða, svo sem sektarákvarðanir. Í ákvörðun sinni taki stefndi sérstaklega fram að í „samkeppnisrétti skal virða sönnunargögn með heildstæðum hætti og ekki virða hvert gagn einangrað fyrir sig“. Styðst þetta við sjónarmið Evrópuréttar. Stefnendur vísa í þessu sambandi til máls nr. T-141/94 Thyssen Stahl v Commission [1999] ECR II-347, þess er fram kom hjá undirrétti. Einnig vísa stefnendur til dóms undirréttar í sameinuðum málum nr. T-305/94 o.fl., Limburgse Vinyl Maatschappij NV v Commission [1999] 5 CMLR 303, þar sem sagði m.a.: individual items of evidence cannot be divorced from their context. Við sönnun í samkeppnismálum verði því að forðast að líta til einstakra sönnunargagna, án samhengis við önnur, heldur ber að virða þau sönnunargögn sem fram eru komin heildstætt, og taka tillit til þess úr hvaða umhverfi þau eru sprottin, sbr. einnig fyrri afskipti eða öllu heldur afskiptaleysi samkeppnisfirvalda.

Stefnendur vísa til dæma úr ákvörðun stefnda þar sem sé sérstaklega augljóst að ekki liggur fyrir lögfull sönnun um samráð og vísa til hagræðis til sömu tölulíða og í ákvörðun stefnda, en enginn póstanna feli í sér samráð um lágmarkssöluverð.

7.3 Meint samráð Bónuss og MF um smásöluverð í mars 2006

7.4 Meint samráð Bónuss og MF um smásöluverð í apríl 2006

7.6 Meint samráð Bónuss og MF um smásöluverð í desember 2006

7.8 Meint samráð Bónuss og MF um smásöluverð í febrúar 2007

7.14 Meint samráð Bónuss og MF um smásöluverð í nóvember 2007

7.20 Meint samráð Bónuss og MF um smásöluverð í maí 2008

7.22 Meint samráð Bónuss og MF um smásöluverð í júlí 2008

7.26 Meint samráð Bónuss og MF um smásöluverð í desember 2008

Hvað öll tölvupóstsamskiptin varðar, þá telja stefnendur að ekki verði unnt að líta til einstakra gagna, heldur verði að skoða málið heildstætt, einkum m.t.t. kaupendastyrks Bónuss, og þess að allar kjötvinnslur hafi átölulaust viðhaft svipaða framkvæmd árum saman með vitneskju og, að því talið var, samþykki stefnda.

Stefnendur telja það ekki samkeppnislagabrot að forverðmerkja vörur sínar með leiðbeinandi smásöluverði. Ekki sé heldur um samkeppnislagabrot að ræða, þegar birgjar verðmerki framleiðsluvörur sínar í samræmi við óskir viðskiptavina sinna. Smásöluverðmerkingar birgja séu fyrst samkeppnislagabrot þegar þeim fylgja skilyrði um að endursöluaðilar víki ekki frá þeim. Ekkert slíkt sé um að ræða í þessu máli. Stefnendur byggja á því, að ekki sé um að ræða samkeppnislagabrot af hálfu stefnenda. Hvorki stefnda né áfrýjunarnefndinni hafi tekist að sýna fram á röskun á samkeppni á kjötvörumarkaði, eða hættu á slíkri röskun, eða að það hafi verið markmið þeirra að raska samkeppni. Þá verði að líta til þess, að á markaði kjötframleiðenda var mikil samkeppni, enda hafi verð birgja alls ekki verið þau sömu.

Til vara krefjast stefnendur þess, að álögð stjórnvaldssekt verði felld úr gildi eða lækkuð verulega og að breytt verði skilyrðum og heimild til að gefa áfram út eða birta leiðbeinandi smásöluverð.

Stefnendur vísa til þess að í forsendum ákvörðunar stefnda komi fram það mat stefnda, að þau rök, sem aðilar hafa sett fram til réttlætningar á nauðsyn þess að vörur séu forverðmerktar af birgjum, eigi ekki rétt á sér, en ekki sé þó í ákvörðuninni fjallað með ítarlegum hætti um þau málefnalegu sjónarmið, sem stefnandi, Síld og fiskur ehf., setti fram í bréfi til stefnda, dags. 20. janúar 2011, en bréfið hafi verið ritað í tilefni af ákvörðun stefnda nr. 33/2010 og sáttanna sem þá höfðu verið gerðar. Í bréfinu hafi verið bent á, að nokkur aukaprep myndu bæstast við framleiðsluferlið í kjölfar ákvörðunar stefnda. Sú viðbótarvinnsla muni lengja framleiðsluferlið, leiða af sér meira vörumagn í vinnslu, meiri meðhöndlun vörunnar, aukna rýrnun og jafnframt leiða til þess að varan verður eldri, þegar hún kemur í búðir, eða m.ö.o. hún er óhagstæð fyrir neytendur. Niðurstaðan verði minni gæði og aukinn kostnaður við að koma framleiðslunni á markað. Þetta skekki samkeppnisstöðu kjötvara gagnvart öðrum matvörum, sem keppa við kjötvörur um

hylli neytenda, s.s. tilbúnum réttum og pasta. Alvarlegasti hlutinn verði, að þetta skekki einnig samkeppnisstöðu sjálfstæðra kjötvinnsla gagnvart eigin kjötvinnslu Haga, því sú kjötvinnsla verði sú eina, sem geti áfram pakkað og verðmerkt kjötvörur í samfelldu ferli fyrir verslanir Haga. Með þessu sé flutt til Haga þetta stig í virðisæðjunni, sem hingað til hafi verið á hendi sjálfstæðra kjötvinnsla, sem nú geti hvorki keppt í verði né gæðum.

Stefnendur vísa til þess að almennt sé viðurkennt, að útlit og pakkning vöru sé, ásamt vörumerki og innihaldsgæðum, mikilvægur hluti af skynjun neytenda á vörunni. Kjötframleiðendur muni ekki hafa fulla stjórn á útliti framleiðsluvara sinna, ef smásalar taka við verðmerkingum kjötvara. Með því sé verið að færa enn einn hluta af markaðsráðum úr höndum framleiðenda í hendur smásalans og það dragi úr þeim þáttum sem framleiðendur geta notað til aðgreiningar vöru sinnar. Þá geti þetta dregið úr aðgreiningu vara ólíkra framleiðenda í hugum neytenda og þannig rýrt samningsstöðu einstakra framleiðenda gagnvart smásalanum.

Í nefndu bréfi stefnanda, Síld og fisk ehf., segi einnig að almennt séð leiði sátt stefnda við Haga til þess að gera það fýsilegra fyrir Haga, og eftir atvikum aðra smásöluaðila, að styrkja eigin kjötvinnslur á kostnað óháðra kjötvinnsla. Með því að stuðla að slíkri lóðréttari samþættingu veiki það sjálfstæða matvöruframleiðendur sem á endanum leiði til fækkunar í þeirra röðum, sem aftur dregur úr vöruvali til neytenda og geti orðið til þess að auka inngönguhindranir fyrir nýja matvörusmásala, sem geta á endanum ekki snúið sér annað en til eigin kjötvinnsla samkeppnisaðilanna. Þá verði talið hætt við að aðrar sáttir, sem stefndi hafði gert við nokkra kjötbirgja á markaðnum, leiði til þess að ekki einungis Hagar, heldur allar smásöluverslanir, þurfi að taka upp eigin verðmerkingar á kjötvörum, sem nauðsynlegt er að selja í óstöðluðum einingum. Óhagkvæmni smæðarinnar muni þá leiða til þess, að samkeppnishæfi smærri smásala muni skerðast verulega. Þetta muni einnig leiða til þess, að inngönguhindranir á matvörusmásölumarkaðinn aukist, því nýir smásalar þurfi að koma sér upp aðstöðu, búnaði og starfsfólki til verðmerkinga auk annars kostnaðar við stofnun nýrra verslana. Þessi málefnalegu sjónarmið hafi ekki verið rakin af samkeppnisfyrirvöldum.

Stefnendur byggja á því að skilyrði ákvarðana samkeppnisfyrivalda hafi ekki viðhlítandi lagastöð og fari því gegn lögmatísreglu stjórnsýsluréttarins, auk þess sem skilyrðin muni í framkvæmd fara gegn þeim markmiðum sem þau eru sögð stefna að og þar með gegn markmiðum samkeppnislaga. Þá útiloki setning skilyrðanna að kjötbirgjar og verslanir á matvörumarkaði fái í framtíðinni notið lögvarins réttar síns til að leita eftir undanþágu frá 10. gr. samkeppnislaga á grundvelli 15. gr. laganna, en fyrir liggi að lóðréttar samkeppnishömlur geta í einstökum tilvikum haft jákvæð samkeppnisleg áhrif og þannig verið andlag undanþágubeiðni á grundvelli ákvæðisins. Það sé ekki aðeins í andstöðu við vilja löggjafans, heldur einnig í andstöðu við framkvæmd EES-samkeppnisreglna. Með setningu skilyrðanna hafi stefndi jafnframt brotið gegn meðalhófsreglu stjórnsýsluréttarins, sbr. 12. gr. stjórnsýslulaga, enda augljóst að skilyrðin ganga lengra en nauðsyn krefur til að ná því yfirlýsta markmiði, að stuðla að virkri samkeppni. Hið afdráttarlausu skilyrði um bann við forverðmerkingum leiði til þess, að verslanir þurfi sjálfar að verðmerkja kjötvörur eða séu þvingaðar til að nota verðskanna í því skyni að neytandinn átti sig á raunverulegu verði vörunnar. Það fyrirkomulag hafi hins vegar verið dæmt ólöglegt af Hæstarétti, enda í andstöðu við lög.

Stefnendur benda á, að stefndi byggði í ákvörðun sinni á 16. gr. samkeppnislaga eins og hún var orðuð fyrir setningu breytingalaga nr. 14/2011 frá 25. febrúar 2011. Stefnendur vísa til þess, þó að formlega geti verið rétt út frá sjónarmiðum um lagaskil, að byggja á eldra orðalagi 16. gr., leiði það af almennum reglum, að skilyrði stefnda gagnvart stefndum Matfugli ehf. og Síld og fiski ehf. verði að vera í réttu hlutfalli við það brot sem þeim er gefið að sök að hafa framið og þá háttsemi sem um ræðir. Jafnframt ætti að vera óumdeilt, að ekki sé lagastoð fyrir fyrirmælum um ráðstafanir sem ganga lengra en nauðsyn krefur til að stöðva hin meintu brot.

Stefnendur telja skilyrði ákvarðana samkeppnisfyrivalda vera verulega íþyngjandi fyrir stefnendur, Matfugl ehf. og Síld og fisk ehf., auk þess sem þau leiði til röskunar á samkeppni í stað þess að efla hana. Þegar stjórnvöld taki íþyngjandi stjórnvaldsákvarðanir í garð borgaranna þurfi þær að hafa skýra stoð í lögum skv. lögmaðisreglunni. Við lögskýringu sé almennt á því byggt, að þeim mun tilfinnanlegri eða íþyngjandi sem stjórnvaldsákvörðun er, þeim mun strangari kröfur verði að gera til skýrleika þeirrar lagaheimildar, sem ákvörðun byggir á. Ætluð brot snúi að því að lóðrétt verðsamráð hafi verið haft um smásöluverðlagningu milli kjötbirgja og smásala. Skilyrðin gangi hins vegar mun lengra en að stöðva slíkt samráð og gangi lengra en 16. gr. samkeppnislaga heimilar, endar sé einungis heimilt samkvæmt ákvæðinu að grípa til ráðstafana sem nauðsynlegar eru til að stöðva í reynd brot gegn ákvæðum laganna. Meðal annars leiði af skilyrðunum, að verslanir geti ekki gefið kjötbirgjum einhliða fyrirmæli um verðmerkingar á vörum sem eru seldar í verslunum þeirra. Fráleitt verði að telja, að einhliða fyrirmæli frá smásala um merkingar slíkra vara, geti falið í sér samráð í skilningi samkeppnislaganna og hefur áfrýjunarnefndin raunar fallist á það sjónarmið, sbr. eftirfarandi umfjöllun nefndarinnar á bls. 17 í úrskurðinum. Í reynd leiði hið fortakslausa bann skilyrðanna til þess að stefnendur geti með engu móti varist því að sterk smásölukeðja, t.d. Hagar eða Kaupás, grafi undan vöru hans og verðmætum vörumerkjum með verðlagningarstefnu sinni og auki þannig kaupendastyrk og markaðsfirráð sín í smásölu. Bónus og Krónan séu með eigin vörulínu, m.a. í kjúklingabringum, stefnandi, Matfugl ehf., framleiði sínar bringur m.a. undir vörumerkinu Ali. Það liggi fyrir að Bónus og Krónan keyri eigin vörulínu á lægri álagningu en þeirri sem við á í tilviki Ali. Í raun hafi hinar markaðsráðandi verslunarkæðjur framtíð vörumerkisins Ali í hendi sér í kjölfar úrskurðar áfrýjunarnefndar og geti með verðákvörðunum sínum ráðið úrslitum um hvort vörumerkið, og þar með kjötvinnslan þar að baki, eigi sér lífvænlega framtíð. Það sé til að mynda bannað samkvæmt ákvörðun stefnda nr. 36/2011 að setja leiðbeinandi hámarksverð við þessar aðstæður til að tryggja betri samkeppnishæfni vörumerkisins. Þetta vandamál sé viðurkennt og þekkt í erlendum rétti. Í leiðbeiningarreglum framkvæmdastjórnarinnar um lóðréttar samkeppnishömlur kemur fram í f-lið 107 mgr. að þetta vandamál sé stundum kallað *the double marginalisation problem* og unnt sé að koma í veg fyrir það með því að þvinga hámarksverð upp á smásalann. Jafnframt vísa stefnendur til þess er fram kemur í 229. mgr. leiðbeiningarreglna framkvæmdastjórnarinnar.

Stefnendur benda á að það vekir sérstaka undrun, að stefndi og áfrýjunarnefnd samkeppnismála, hafi með úrskurði sínum og sáttum, í reynd þvingað aðila til að taka upp fyrirkomulag, sem er í andstöðu við dóm Hæstaréttar í máli nr. 136/2003 sem og þágildandi 31. gr. samkeppnislaga og núgildandi 17. gr. laga um eftirlit með

viðskiptaháttum og markaðssetningu, en í 17. gr. laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu sé mælt fyrir um það, að fyrirtæki, sem selji neytendum vörur eða þjónustu, skuli merkja vöru sín og þjónustu með verði eða sýna það á svo áberandi hátt á sölustaðnum, að auðvelt sé fyrir neytendur að sjá það og neytendastofa setji nánari reglur um verðmerkingar. Um sé að ræða efnislega sömu lagareglu og var áður í 31. gr. samkeppnislaga, en nú sé það Neytendastofa sem setur reglur í stað stefnda. Í þessu sambandi vísa stefnendur einnig til greinargerðar með frumvarpi til þágildandi samkeppnislaga m.a. varðandi gagnsæi markaðarins.

Þá benda stefnendur á, að samkeppnisráð taldi í ákvörðun sinni, nr. 22/2002, það fyrirkomulag að nota skanna við verðmerkingar í stað sýnilegra merkinga, vera „allsendis ófullnægjandi og að mati samkeppnisráðs fela þær í sér skýrt brot á 31. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 og 5. gr. reglna um verðmerkingar nr. 580/1998“. Ákvörðun samkeppnisráðs hafi síðan verið staðfest fyrir Hæstarétti, Hrd. 136/2003.

Í ákvörðun stefnda kemur fram að Neytendastofa hafi nú sett sérstakar reglur sem eigi að tryggja að upplýsingar til neytenda um verð vöru séu fullnægjandi, sbr. reglur nr. 536/2011 um verðmerkingar og einingaverð við sölu á vöru.

Í ljósi þess að hinar nýju reglur Neytendastofu eru í beinni andstöðu við 17. gr. laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu, sbr. áður 31. gr. samkeppnislaga, eins og það ákvæði hefur verið skýrt af samkeppnisyfirvöldum og Hæstarétti, sé einboðið, að reglurnar séu í reynd markleysa og að engu hafandi. Það veki furðu, að samkeppnisyfirvöld og Neytendastofa keyri í gegn umtalsverðar breytingar á fyrirkomulagi verðmerkinga í beinni andstöðu við ákvæði gildandi laga og niðurstöðu Hæstaréttar. Breyti í því sambandi engu þótt 31. gr. eldri samkeppnislaga hafi nú verið komið fyrir í löggjöf á sviði neytendaverndar, enda verður að gera þær kröfur til stefnda, að hann skýri samkeppnislög til samræmis við annan gildandi rétt í landinu.

Stefnendur benda á að samkeppnislög eigi að vernda framleiðendur fyrir ofríki og markaðsstyrk smásala þegar samþjöppun er veruleg á smásölustigi, eins og raun ber vitni á íslenskum matvörumarkaði. Þannig skorti 1.-4. tölulið fyrirmæla stefnda því lagastöð, enda gangi þau augljóslega lengra en að „stöðva í reynd“ brot gegn 10. gr. laganna. Þegar af þeirri ástæðu beri að fella 1.-4. tölulið úr gildi eða breyta þeim þannig að þeir samrýmist þeim markmiðum sem stefnt er að.

Stefnendur benda á, að í ákvörðunum samkeppnisfirvalda gæti misræmis í tilgreiningu ætlaðs brotatímabils. Óumdeilt virðist af gögnum málsins, að um sé að ræða tímabilið 2006-2008. Í niðurstöðukafla ákvörðunar stefnda sé hins vegar lagt til grundvallar tímabilið 2005-2008. Stefndi byggji á því að hin ætluðu brot hafi staðið í talsverðan tíma og horfi til þyngingar viðurlaga. Í ljósi þess, að um er að ræða ákvörðun refsiverðra viðurlaga, hljóti misræmið að fela í sér annmarka á ákvörðun stefnda, enda hljóti að þurfa að taka tillit til þessa atriðis við ákvörðun á fjárhæð sekta. Þá sé óljóst hvort málið, sem að mati stefnenda hófst árið 1997, hafi verið formlega fellt niður eða hvort rannsókn þess hafi einfaldlega verið hætt eða tafist. Í málinu séu uppi mjög sérstakar aðstæður, enda hafi Samkeppnisstofnun ekki séð ástæðu til að grípa til frekari aðgerða þótt forverðmerking vara, útgáfa

verðlista og tíð samskipti birgja og smásöluverslana um verðmerkingar, hafi óhjákvæmilega tíðkast áfram um árabíl. Í ljósi þess að háttsemin var ekki hulin neinni leynd, ólíkt því sem haldið er fram í úrskurði áfrýjunarnefndar, og gat raunar ekki dulist samkeppnisyfirvöldum, höfðu stefnendur, Matfugl ehf. og Síld og fiskur ehf., enga ástæðu til annars en að ætla að háttsemin væri alfarið samþýðanleg samkeppnislögum.

Stefnendur vísa til þess, að samkvæmt 4. mgr. 37. gr. samkeppnislaga megi falla frá sektarákvörðun teljist brot óverulegt eða að af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni. Stefnandi hafi litið svo á, að þegar mál hefur verið fellt niður og samsvarandi atvik á síðari stigum aftur tekið til rannsóknar, geti sá, sem er til rannsóknar, byggt á réttmætum væntingum, sbr. ákvörðun stefnda nr. 17/2007, sbr. og ummæli áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2008, en af þeim megi ráða, að við sérstakar aðstæður geti komið til álita að fella sektir alfarið niður. Í tilviki stefnenda séu sérstakar aðstæður og ríkar ástæður til réttmætra væntinga, enda hafi sú háttsemi, sem stefnendum Matfugli ehf. og Síld og fiski ehf. sé gefin að sök, verið kunn samkeppnisyfirvöldum í a.m.k. 14 ár eða frá 1997. Af bréfinu frá 1997 megi ráða að þar hafi ekki einungis verið fjallað um að vörur hafi verið forverðmerktar, eins og stefnandi heldur fram í rökstuðningi sínum, heldur komi fram í bréfi Samkeppnisstofnunar að þar hafi einnig verið fjallað um leiðbeinandi smásöluverð í verðlistum.

Til marks um, að vægar er tekið á lóðréttum samkeppnishömlum í samkeppnisrétti, hefur leiðbeinandi endursöluverð verið heimilað samkvæmt samkeppnislögum bæði fyrir og eftir setningu breytingalaga nr. 107/2000. Í 1. málslíð 1. mgr. 11. gr. áðurgildandi samkeppnislaga nr. 8/1993 sagði að óheimilt væri að ákveða eða semja um eða á annan hátt hafa áhrif á verð, afslætti eða álagningu er gilda skyldi við endursölu vöru á næsta sölustigi. Breytingin með lögum nr. 107/2000 hafi fyrst og fremst lotið að því, að ekki væri lengur sérstaklega tekið fram í lagaákvæðinu, nú 10. gr. gildandi samkeppnislaga, að seljandi gæti allt að einu gefið upp leiðbeinandi endursöluverð, sbr. 2. mgr. 11. gr. eldri laga. Þetta breyti því ekki, að enn sé heimilt við ákveðnar aðstæður að gefa út leiðbeinandi endursöluverð.

Verði talið að háttsemi stefnenda, Síldar og fisks ehf. og Matfugls ehf., sé andstæð samkeppnislögum, sé óhjákvæmilegt að fella niður stjórnvaldssekt á stefnanda Langasjó ehf. eða lækka hana verulega. Ber að líta til þeirra viðurkenndu sjónarmiða samkeppnisréttar við álagningu stjórnvaldssekta, að sé háttsemi framin í góðri trú/af gáleysi eða þegar háttsemi hefur í reynd verið látin átölulaus, svo sem hér er ástatt, eigi það að hafa áhrif til lækkunar stjórnvaldssekta, sbr. t.d. til hliðsjónar mgr. 29 í Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003.

Við ákvörðun fjárhæðar sekta skuli m.a. hafa hliðsjón af eðli og umfangi brota og hvort um ítrekuð brot sé að ræða, sbr. 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga. Ekki sé um ítrekuð brot að ræða, enda hafi samkeppnisyfirvöld ekki tekið afstöðu til atvika málsins fyrir en nýverið, þrátt fyrir að þeim hafi í langan tíma verið kunnugt um aðstæður. Stefnendur benda á, að við rökstuðning fyrir ákvörðun sekta stefnanda, Langasjávar ehf., sé hvergi vikið að atriðum sem horfa til mildunar. Svo virðist sem það hafi horft til þyngingar á sektarviðurlögum, að stefnandi, Langisjór ehf.,

undirgekkst ekki sömu skilyrði og aðrar kjötvinnslur. Samkeppnisyfirvöldum hafi borið að líta til sömu sjónarmiða til mildunar í tilviki stefnenda og hinna fyrirtækjanna, sem gengust undir sáttir. Nákvæmlega eins sé ástatt með stefnendum, Matfugli ehf. og Síld og fiski ehf., og öðrum kjötvinnslum varðandi efnisþátt málsins, þ.e. að fyrirkomulag forverðmerkinga hafði tíðkast um langa hríð hjá þeim öllum, auk þess sem hin ætluðu brot séu samkynja.

Stefnendur byggja á því að samkeppnisyfirvöldum hafi við úrlausn málsins borið að gæta jafnræðis og samræmis í lagalegu tilliti, sbr. jafnræðisreglu 11. gr. stjórnarsýslulaga. Engar forsendur séu til að leggja helmingi hærri sekt á stefnanda Langasjó ehf. en Kaupfélag Skagfirðinga í ljósi efnahagslegs styrkleika síðarnefnda félagsins. Við ákvörðun sektar beri eingöngu að líta til veltunnar á skilgreindum mörkuðum málsins, enda verði ekki með nokkru móti séð að atvik málsins kalli á þyngri viðurlög en leiða megir af þeirri veltu. Árið 2008 nam heildarvelta stefnenda, Matfugls ehf. og Síldar og fisks ehf., á hinum skilgreindu mörkuðum um 2,7 milljörðum króna. Sekt stefnanda Langasjávar ehf. nemi um 3% af veltu stefnenda, Matfugls ehf. og Síldar og fisks ehf., á hinum skilgreinda markaði árið 2008. Ekki hafi áður á Íslandi verið sektað vegna lóðrétttra samkeppnishamla. Hins vegar liggja fyrir sektarákvarðanir varðandi lárétt samráð keppinauta á sama sölustigi. Stefnendur byggja á því að verði komist að þeirri niðurstöðu að um samkeppnislagabrot sé að ræða, beri að fella sektir niður eða lækka þær stórfellt, þannig að þær verði verulega undir lægstu stjórnvaldssekt sem aðrar kjötvinnslur hafi undirgengist.

Stefnendur byggja málatilbúnað sinn einkum á ákvæðum samkeppnislaga nr. 44/2005, meginreglum stjórnarsýsluréttar og stjórnarsýslulögum nr. 37/1993, auk tilskipana og leiðbeiningarreglna EB í samkeppnisrétti.

Einnig er vísað til laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Varðandi samlagsaðild til sóknar er vísað til 19. gr. laganna.

Krafa um málskostnað styðst við ákvæði XXI. kafla laga nr. 91/1991.

1. Málsástæður og lagarök stefnda

Krafa stefnda um sýknu er reist á því að hvort tveggja, ákvörðun hans nr. 36/2011 7. nóvember 2011 og úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 13/2011, 16. febrúar 2012, séu í samræmi við ákvæði samkeppnislaga nr. 44/2005. Þá er krafa stefnda um sýknu reist á því, að málsmeðferð hans og áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi verið í samræmi við meginreglur stjórnarsýsluréttar og ákvæði stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Máli sínu til stuðnings vísar stefndi til rökstuðnings með ákvörðun sinni og úrskurði nefndarinnar sem og til greinargerðar sinnar fyrir nefndinni og svara sinna við athugasemdum stefnenda. Stefndi mótmælir öllum málsástæðum stefnenda í málinu.

Stefndi telur ágreiningslaust í málinu, að móður- og dótturfélög geti myndað eina efnahagslega einingu og á þann hátt myndað eitt fyrirtæki, sbr. einnig athugasemdir við 3. gr. frumvarps sem varð að lögum nr. 107/2000. Í þessu sambandi verði að hafa í huga að hugtakið fyrirtæki í samkeppnisrétti lýsi ekki

formbundinni heldur efnahagslegri einingu og að hugtakið sæti sjálfstæðri skýringu, sbr. meðal annars úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála 12. mars 2008 í máli nr. 3/2008, Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu. Í málinu sé einnig ágreiningslaust að í þeim tilvikum, þar sem um er að ræða eina efnahagslega einingu, sé samkeppnisyfirvöldum heimilt að gera móðurfélagi að greiða sekt vegna brota dótturfélags þess á samkeppnislögum. Stefndi vísar um þetta til dóms dómstóls ESB 10. september 2009 í máli nr. C-97/08P, Akzo Nobel NV o.fl. gegn framkvæmdastjórninni og úrskurða áfrýjunarnefndar samkeppnis mála 12. mars 2008 í máli nr. 3/2008, Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu og 14. október 2009 í máli nr. 14/2009, Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu. Aðila málsins greini hins vegar á um, hvort stefnendur hafi á brotatímabilinu myndað eina efnahagslega einingu í áðurnefndum skilningi. Stefndi byggir á því að svo hafi verið.

Stefndi byggir á því að löglíkur séu fyrir því að móður- og dótturfélag teljist ein efnahagsleg eining ef dótturfélag er í 100% eigu móðurfélags á brotatímabilinu og því heimilt að leggja sekt á móðurfélagið. Á brotatímabilinu hafi stefnandi, Langisjór ehf., verið móðurfélag stefnanda, Matfugls ehf. og 14. júní ehf., sem átti allt hlutfé í stefnanda, Síld og fiski ehf. Stefndi byggir á því að 100% eignarhald móðurfélagsins feli eitt og sér í sér löglíkur fyrir því að félögin teljist ein efnahagsleg eining, sbr. meðal annars dóm dómstóls ESB 10. september 2009 í máli nr. C-97/08 P, Akzo Nobel NV o.fl. gegn framkvæmdastjórninni (málsgr. 63) og dóm sama dómstóls 20. janúar 2011 í máli nr. C-90/09 P, General Química SA o.fl. gegn framkvæmdastjórninni (málsgr. 88). Stefndi byggir jafnframt á því að mörg önnur atriði, sem nánar eru rakin í ákvörðun hans, bendi til þess að stefnendur hafi myndað eina efnahagslega einingu.

Stefndi byggir á því, að stefnendur beri sönnunarbyrðina fyrir því að stefnendur, Síld og fiskur ehf. og Matfugl ehf., hafi verið sjálfstæð þrátt fyrir eignarhald Langasjávar ehf. Í því sambandi nægi ekki almennar staðhæfingar, heldur verði móðurfélag með nákvæmum hætti að leiða í ljós sjálfstæði dótturfélags síns, sbr. meðal annars framangreinda dóma dómstóls ESB (mgr. 89 í máli nr. C-90/09 og mgr. 61 í máli nr. C-97/08). Stefndi byggir á því, að stefnanda, Langasjó ehf., hafi ekki tekist sú sönnun. Stefndi mótmælir þeim ályktunum, sem stefnendur dragi af dómi undirréttar ESB 20. mars 2002 í máli T-21/99 *Dansk Rørindustri A/S gegn framkvæmdastjórninni*, enda aðstæður í því máli ekki sambærilegar aðstæðum í þessu máli. Stefnandi, Langisjór ehf., sé ekki einstaklingur heldur eignarhaldsfélag og geti þess vegna borið ábyrgð á samkeppnislaga brotum dótturfélaga sinna. Máli sínu til stuðnings vísar stefndi einnig til dóms undirréttar ESB, 8. október 2008 í máli T-69/04 Schunk GmbH og Schunk Kohlenstoff-Technik GmbH gegn framkvæmdastjórninni. Stefndi byggir á því, að ekki þurfi að sanna að móðurfélag hafi beitt áhrifum sínum til þess að bera ábyrgð á brotum dótturfélags síns. Í áðurnefndum dómi dómstóls ESB í máli *Akzo Nobel* byggði móðurfélagið á því, líkt og stefnendur gera nú, að ábyrgð þess væri háð því að sannað væri, að það hefði í raun beitt áhrifum sínum. Hvort tveggja undirréttur ESB og dómstóll ESB hafi hafnað þessari málsástæðu. Stefndi vísar til umfjöllunar um dóminn í ákvörðun sinni og greinargerð til áfrýjunarnefndar.

Stefndi bendir á, að stefnandi, Langisjór ehf., hafi staðhæft, að stefnendur, Síld og fiskur ehf. og Matfugl ehf., starfi sjálfstætt á markaði. Stefnandi hafi hins vegar ekki sýnt fram á, að þrátt fyrir umrætt eignarhald, hafi dótturfélögin í raun

notið sjálfstæðis frá honum. Ólíklegt sé að nokkur gögn um slíkt séu fyrir hendi í ljósi þeirra sterku stjórnunarlegu tengsla sem eru á milli allra fyrirtækjanna. Af þessum sökum hafi stefnda verið heimilt að beina sektarákvörðun að stefnanda, Langasjó ehf. Þá sé tilvísun stefnenda til þess hvernig litið sé á tengsl móður- og dótturfélaga á öðrum réttarsviðum óviðkomandi niðurstöðu þessa máls.

Stefndi byggir á því að markaðir málsins séu skilgreindir með réttum hætti í ákvörðun sinni og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Málefnaleg rök liggi að baki því að markaðir séu skilgreindir eftir kjöttegundum og í undirmarkaði eftir ferskum og unnum kjötvörum. Eigi skiptingin bæði stoð í innlendri og erlendri réttarframkvæmd. Stefndi vísar til rökstuðnings í ákvörðun sinni. Tilvísun stefnenda til rýmri markaðsskilgreiningar í öðrum málum á matvörumarkaði sé órökstudd. Hvað sem því líði, skuli tekið fram, að niðurstaða samkeppnisyfirvalda um skilgreiningu markaða og stöðu fyrirtækja, ráðist af atvikum í hverju máli fyrir sig og séu þau því ekki bundin af eldri markaðsskilgreiningum, sbr. t.d. dóm undirréttar ESB 22. mars 2000 í máli T-125/97, Coca Cola gegn framkvæmdastjórninni (mgr. 81-82).

Stefndi byggir á því að stefnendur, Síld og fiskur ehf. og Matfugl ehf., hafi verið í sterkri stöðu á mörkuðum málsins. Þannig hafi markaðshlutdeild stefnanda, Síldar og fiskis ehf., á markaði fyrir ferskt svínakjöt, verið u.þ.b. 56% árið 2008 og markaðshlutdeild stefnanda, Matfugls ehf., á markaði fyrir ferskt kjúklingakjöt u.þ.b. 48% á sama ári. Stefndi vekur athygli á því að skilyrði fyrir því að samkeppnisyfirvöld beiti 10. gr. samkeppnislaga, t.d. vegna verðsamráðs eða markaðsskiptingar, ráðast ekki að öllu leyti af stöðu fyrirtækja á markaði. Athugun á markaðnum geti hins vegar skipt máli við mat á því hvort minniháttarregla 13. gr. samkeppnislaga eigi við, hvort svokallaðar hópundanþágur geti átt við og við mat á alvarleika brotsins.

Stefndi byggir á því, að fyrirtæki sé ávallt skylt að hlíta banni 10. gr. samkeppnislaga, nema samkeppnisyfirvöld veiti undanþágu samkvæmt 15. gr. laganna. Stefndur, Matfugl ehf. og Síld og fiskur ehf., hafi ekki leitað eftir slíkri undanþágu vegna sérstakra markaðsaðstæðna og þeim hafi því borið að hlíta banninu skilyrðislaust. Tilvísun stefnenda til sérstakra markaðsaðstæðna, sem hafi heimilað hegðun þeirra sé því þýðingarlaus.

Stefndi mótmælir því, að þau skilyrði, sem eru sett í ákvörðun stefnda brjóti gegn

stjórnarskrárvörðum eignarrétti stefnenda. Ákvæði 16. gr. samkeppnislaga veiti stefnda skýra heimild til að setja þau skilyrði, sem eru tiltekin í 1.-4. tl. 4. mgr. ákvörðunarorða stefnda. Skilyrðin séu málefnaleg og hafi þann tilgang að vinna gegn frekari brotum á 10. gr. samkeppnislaga og skapa skilyrði fyrir aukinni samkeppni. Stefndi mótmælir því, að skilyrðin brjóti gegn meðalhófsreglu stjórnsýslulaga, lögætisreglunni eða öðrum lagareglum. Stefndi byggir á því að sú málsástæða stefnenda, að skilyrðin hafi farið í bága við stjórnarskrárvarin eignarréttindi fyrirtækjanna sé vanreifuð.

Stefndi byggir á því, að meðferð samkeppnisyfirvalda á málinu hafi verið í samræmi við lög og reglur, þar á meðal ákvæði stjórnsýslulaga nr. 37/1993 og meginreglur stjórnsýsluréttar. Stefndi byggir á því að eðlilega hafi verið staðið að

tilkynningu til stefnanda, Langasjávar ehf., um meðferð málsins og að upplýsinga- og andmælaréttur hans hafi verið virtur. Um leið og talið hafi verið að málefnalegar forsendur gætu verið fyrir því að beina sektarákvörðun að stefnanda Langasjó ehf. vegna brota stefnanda Síldar og fiskis ehf., hafi stefnanda Langasjó ehf. verið tilkynnt um það, sbr. bréf stefnda, dags. 16. nóvember 2010, en þá hafi málið enn verið á rannsóknarstigi. Ákvörðun um að beina sektarákvörðun að stefnanda, Langasjó ehf., hafi verið tekin á grundvelli fjárhagsupplýsinga frá stefndum til að tryggja að hún hefði fullnægjandi varnaðaráhrif. Stefnanda, Langasjó ehf., hafi bæði verið boðið að tjá sig um það frummat stefnda, að til greina kæmi að beina mögulegri íþyngjandi ákvörðun að honum vegna ætlaðra brota dótturfélaga, auk þess sem í bréfum stefnda, dags. 13. og 17. desember 2010, hafi honum sérstaklega verið boðið að tjá sig um efni andmælaskjalsins. Í síðarnefnda bréfinu hafi verið tekið fram að stefnandi, Langisjór ehf., hefði andmælaskjalið undir höndum, en bent á að hann gæti jafnframt fengið nýtt eintak. Stefndi mótmælir þess vegna málsástæðu stefnanda um ætlað brot á andmælarétti.

Stefndi mótmælir tilvísunum í stefnu til samþykka stefnanda, Langasjávar ehf., sem þýðingarlausum. Sama eigi við um gagnrýni stefnanda á, að stefndi hafi stuðst við upplýsingar sem fram komu í sáttaviðræðum við stefnendur Síld og fisk ehf. og Matfugl ehf.

Stefndi mótmælir því jafnframt að hliðstæða sé með þessu máli og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2006 Diskurinn ehf. o.fl. gegn Samkeppniseftirlitinu. Þá kveður stefndi tilvísun í stefnu til þáttar Bensínorkunnar í máli áfrýjunarnefndar nr. 3/2004 Ker hf., Olíuverslun Íslands hf. Skeljungur hf. og Bensínorkan ehf. gegn samkeppnisráði jafnframt haldlausa.

Stefndi mótmælir því að andmælaréttar stefnanda Langasjávar ehf. hafi ekki verið gætt vegna þess að málinu var fyrst beint að honum eftir að andmælaskjal var sent stefndum Síld og fiski ehf. og Matfugli ehf. Það sé rangt, að rannsókn málsins hafi á þessum tíma verið lokið. Stefndi byggir á því að stefnanda, Langasjó ehf., hafi ítrekað verið veitt tækifæri til að koma að sjónarmiðum sínum um alla þætti málsins meðan á rannsókn þess stóð. Stefnendur dragi þá ályktun af dómi dómstóls ESB 21. september 2006 í máli Technische Unie gegn framkvæmdastjórninni, að sé aðila ekki gefinn kostur á að koma að rannsókn máls frá upphafi geti það ónýtt rétt hans til andmæla. Stefndi mótmælir því að þessi ályktun verði dregin af dóminum. Dómstóll ESB hafi staðfest að heimilt sé að mál hefjist gagnvart móðurfélagi eftir að andmælaskjal hefur verið gefið út, sbr. dóm dómstóls ESB í máli nr. T-190/06 Total SA og Elf Aquitaine SA gegn framkvæmda stjórninni.

Stefnendur haldi því fram, að stefndi hafi brotið gegn 10. gr. stjórnarsýslulaga þar sem hann hafi ekki rannsakað hvort stefnandi, Langisjór ehf., stýrði raunverulega dótturfélögum sínum. Hafi sönnunarbyrðin snúist við eftir að stefnandi, Langisjór ehf., hafi staðhæft að engin gögn eða upplýsingar styddu að hann stjórnaði dótturfélögum sínum. Stefndi mótmælir þessari málsástæðu stefnanda. Við rannsókn málsins hafi verið upplýst, að stefnendur, Síld og fiskur ehf. og Matfugl ehf., væru í 100% eigu stefnanda Langasjávar ehf. Vegna þessa hafi stefnandi, Langisjór ehf., borið sönnunarbyrðina um að hann stýrði í raun ekki dótturfélögunum. Stefndi mótmælir þeirri málsástæðu stefnanda, að ómögulegt sé fyrir stefnanda Langasjó ehf. að sanna raunverulegt sjálfstæði stefnanda Matfugls

ehf. og Síldar og fisks ehf. Í dómi dómstóls ESB í máli Total SA og Elf Aquitaine SA gegn framkvæmdastjórninni hafi dómstóllinn hafnað sömu málsástæðu. Stefnanda, Langasjó ehf., hafi staðið næst að sýna fram á sjálfstæði dótturfélaga sinna, en hann hafi þrátt fyrir það ekki lagt fram nein gögn því til stuðnings. Þeim löglíkum, sem leiða af eignarhaldi stefnandans, hafi því ekki verið hnekk. Stefndi mótmælir þeim ályktunum, sem stefnandi dregur af dómi dómstóls ESB í máli Total SA og Elf Aquitaine SA gegn framkvæmdastjórninni.

Stefndi mótmælir því að málshraðaregla 9. gr. stjórnsýslulaga hafi verið brotin við meðferð málsins. Rannsókn málsins hafi hafist á árinu 2009 eins og þau bréf sem stefndi beindi til stefnanda bera með sér. Ekkert tilefni sé fyrir stefnanda Síld og fisk ehf., að ætla að með dreifibréfi Samkeppnisstofnunar, 15. október 1997, hafi falist upphaf á stjórnsýslurannsókn, en tilgangur bréfs þessa hafi verið að vekja sérstaka athygli á þágildandi ákvæðum 11. gr. samkeppnislaga í tengslum við breytingar á verðlagningu mjólkurvara. Ekkert mál eða rannsókn hafi hafist í kjölfar þessa bréfs. Stefndi bendir á, að það hafi fyrst verið í kærú til áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem því var borið við að málið hefði hafist árið 1997. Stefnendur hafi því ekki með neinu móti getað dregið þá ályktun, að bréfið frá 1997 heimilaði þeim það lóðréttu verðsamráð, sem mál þetta snýst um.

Stefndi byggir á því, að stefnendur, Síld og fiskur ehf. og Matfugl ehf., hafi með þeim aðgerðum, sem lýst er í ákvörðun stefnda, brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga. Þeir hafi átt í náinni samvinnu við *Haga um* smásöluverð og álagningu í verslunum Bónuss á árunum 2006-2008. Samskiptin hafi almennt falist í því, að stefnendur, Síld og fiskur ehf. og Matfugl ehf., sendu tillögur að smásölu verði og afslætti frá því verði til verslana Bónuss, sem ýmist samþykktu tillögurnar eða sendu nýjar tillögur til baka, sem stefnendur, Síld og fiskur ehf. og Matfugl ehf., samþykktu. Með þessu hafi náðst ólögmætir samningar um smásöluverð í verslunum Bónuss. Einnig hafi oft fylgt tillögum stefnanda, Síldar og fisks ehf. og Matfugls ehf., útreikningar, sem sýndu framlegð eða álagningu verslana Bónuss. Stefndi byggir á því, að engin málefnaleg sjónarmið geti réttlætt bein afskipti stefnanda, Síldar og fisks ehf. og Matfugls ehf., af framlegð eða álagningu Bónuss, heldur hafi þetta verið liður í hinu lóðréttu verðsamráði. Þá liggja fyrir tilkynningar stefnanda, Síldar og fisks ehf. og Matfugls ehf., um smásöluverð á vörum sínum sem hafi verið liður í ólögmeðu samráði um fasta hlutfallslega smásöluálagningu ofan á heildsöluverð. Samskipti stefnanda, Matfugls ehf. og Síldar og fisks ehf., við Bónus hafi þannig falið í sér lóðrétt verðsamráð og alvarlegt brot á ákvæði 10. gr. samkeppnislaga og brotin verið til þess fallin að valda almenningi samkeppnislegu tjóni. Hafi Hagar hf. viðurkennt þátt sinn í samráðinu og gengist undir sektargreiðslu vegna þess.

Stefndi fellst á það, sem fram kemur í stefnu, að ekki séu allir lóðréttir samningar brot á samkeppnisreglum. Hins vegar sé það svo, að lóðrétt verðsamráð, eins og það sem átti sér stað milli stefnanda, Síldar og fisks ehf. og Matfugls ehf., við Haga hf., teljist alvarleg takmörkun á samkeppni (e. hardcore restriction), sbr. 4. gr. reglugerðar framkvæmdastjórnar ESB nr. 2790/1999 og 48.mgr. leiðbeininga framkvæmdastjórnar ESB um lóðréttar samkeppnishömlur. Þá mótmælir stefndi því, að stefnendur hafi aðeins sett fram leiðbeinandi verð.

Stefndi mótmælir málatilbúnaði stefnanda, er snýr að reglugerð framkvæmdastjórnar ESB nr. 2790/1999. Reglugerðin hafi verið tekin upp hér á

landi með setningu reglna nr. 256/2002 um hópundanþágu fyrir flokka lóðréttra samninga og samstilltra aðgerða. Eigi viðkomandi samningur eða samstilltar aðgerðir að geta notið undanþágu þá sé það skilyrði að í samstarfinu felist ekki alvarlegar samkeppnishömlur. Samskipti stefnenda Síldar og fisks ehf. og Matfugls ehf., við Bónus hafi falið í sér alvarlegt lóðrétt verðsamráð og flokkist því undir alvarlegar samkeppnishömlur í skilningi 4. gr. hópundanþágunnar og geti þar af leiðandi ekki notið undanþágu frá banni 10. gr. samkeppnislaga. Þar að auki hafi markaðshlutdeild stefnenda, Síldar og fisks ehf. og Matfugls ehf., verið á milli 30-55% á mörkuðum málsins. Því hafi það skilyrði hópundanþágunnar, að markaðshlutdeild væri undir 30%, ekki verið uppfyllt.

Stefndi mótmælir því, að bréf Haga hf. f.h. Bónuss, dags. 27. mars 2009, sýni fram á að um hafi verið að ræða verðákvarðanir Bónuss en ekki birgis. Sé litið til þeirra samskipta, sem rakin eru í ákvörðun stefnda, sé í fjölda tilfella ljóst að samráð stefnenda, Síldar og fisks ehf. og Matfugls ehf. við Bónus taki einnig til afsláttar, sem Bónus veitir af smásöluverði.

Að því er varðar þá spurningu í stefnu, „hvernig kjötframleiðendur gátu vitað um ólögmæti fyrirkomulagsins þegar eftirlitsstjórnvaldið var ekki afdráttarlausara en raun bar vitni“, sé því til að svara, að kjötframleiðendur hafi vitað um þau samskipti, sem áttu sér stað við Bónus. Stefndi hafi ekki fengið vitneskju um þau ítarlegu samskipti fyrr en húsleit og önnur gagnaöflun hafði átt sér stað.

Stefnendur bendi á að í stefnu sé vísað til samskipta sem fjallað er um í átta tölulíðum ákvarðana, sem einstakra dæma um ósannað samráð. Um sé að ræða átta tilvik af alls 118 sem rakin eru í ákvörðun stefnda og byggir stefndi á því, að í öllum tilvikunum 118 sé um að ræða samskipti aðila um endanlegt smásöluverð, sem falið hafi í sér lóðrétt verðsamráð og brot á 10. gr. samkeppnislaga, enda hafi Hagar hf., viðsemjandi stefnenda, Síldar og fisks ehf. og Matfugls ehf., játað að hafa að þessu leyti tekið þátt í ólögmætu verðsamráði. Þá styðji engin gögn, að stefnendur, Matfugl ehf. og Síld og fiskur ehf., hafi eingöngu verið að verðmerkja framleiðsluvörur sínar í samræmi við óskir Bónuss.

Stefndi byggir á því, að sekt stefnanda, Langasjávar ehf., hafi réttilega verið ákveðin 80.000.000 kr. og byggir þá á því, að við ákvörðun um fjárhæð sektar stefnanda, Langasjávar ehf., beri að líta til þess að brotin hafi verið mikil að umfangi og langvarandi, en á rannsóknartímabili þessa máls, þ.e. byrjun árs 2006 til ársloka 2008, hafi dótturfélög hans átt í tugum ólögmætra samskipta við Bónus. Misritun í ákvörðun stefnda, þar sem árið 2005 er sagt upphafsár brotanna, hafi engin áhrif á það, að ákvörðuð sekt byggi á framangreindum forsendum. Þessi misritun hafi verið leiðrétt fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála og komi hún ekki fram í úrskurði nefndarinnar.

Stefndi byggir á því, að brotin séu alvarleg í eðli sínu. Þá varði brotin mikilvægar neysluvörur og hafi verið til þess fallin að raska samkeppni með umtalsverðum hætti og valda neytendum tjóni. Brotin kalli því á fullnægjandi viðurlög til að stuðla að varnaðaráhrifum.

Stefndi byggir á því að 37. gr. samkeppnislaga geri ráð fyrir því að sektir verði lagðar á þau fyrirtæki, sem brjóti gegn 10. gr. laganna. Stefndi byggir á því, að sérstakar ástæður þurfi að vera fyrir hendi, svo að fyrirtæki verði ekki gert að

greiða slíka sekt. Engar slíkar ástæður séu fyrir hendi í tilviki stefnenda. Stefndi byggir á því að sektarfjárhæðin hafi verið ákveðin með hliðsjón af þeirri staðreynd að í málinu hafi verið sýnt fram á alvarlegt verðsamráð. Forverðmerktar vörur hafi ekki gefið til kynna þetta verðsamráð. Þá hafi dótturfélög stefnanda Langasjávar ehf. ekki getað dregið þá ályktun af dreifibréfi samkeppnisyfirvalda á árinu 1997, að þeim væri heimilt það samráð sem mál þetta tekur til.

Stefndi mótmælir því að brotið hafi verið gegn 11. gr. stjórnsýslulaga við ákvörðun sektar. Við ákvörðun viðurlaga í ákvörðun nr. 33/2010 hafi verið horft til þess, að umrædd fyrirtæki óskuðu að eigin frumkvæði eftir sáttaviðræðum og játuðu undanbragðalaust brot sín. Þá hafi þau fallist á að hlíta fyrirmælum, sem voru til þess fallin að efla samkeppni. Að mati stefnda auðvelduðu fyrirtækin rannsókn og málsmeðferð samkeppnisyfirvalda og úrbætur á markaði tóku gildi fyrr enn ella. Aðstaða stefnenda sé að þessu leyti ekki sambærileg aðstöðu hina fyrirtækjanna.

Stefndi bendir einnig á, að við skýringu á 37. gr. samkeppnislaga verði að hafa hliðsjón af EES/ESB-samkeppnisrétti, enda komi ítrekað fram í lögskýringargögnum að ákvæðið byggir á fyrirmyndum úr þeim rétti. Dómstólar ESB hafi í fjölmörgum yngri dómum áréttað það sjónarmið að sektarákvarðanir í eldri málum komi ekki í veg fyrir hærri sektir í yngri málum. Stefnendur haldi því fram, að með afhendingu gagna hafi þeir sýnt sams konar samstarfsvilja og þau fyrirtæki, sem luku málum með sátt við stefnda. Stefndi mótmælir þessu. Það að veita stefnda upplýsingar á grundvelli 19. gr. samkeppnislaga feli ekki í sér samstarf sem leiði til lækkunar sekta.

Stefndi bendir á, vegna umfjöllunar stefnenda, að mál þetta falli ekki undir reglur nr. 890/2005. Þegar andmælaskjal var gefið út hafi hvorki Hagar, stefnendur né önnur kjötvinnslufyrirtæki óskað eftir sátt, heldur komu beiðnir þar um í kjölfarið. Því hafi eðlilega ekki verið fjallað um sáttir í andmælaskjalinu.

Stefndi mótmælir því að við ákvörðun sektar beri eingöngu að líta til veltu á skilgreindum mörkuðum. Engin skylda sé í samkeppnisrétti að horfa aðeins til veltu á þeim markaði sem brotið átti sér stað. Þannig hafi dómstólar ESB hafnað því, að sektir þurfi að vera í beinu samhengi við stærð viðkomandi markaðar, sbr. t.d. dóm undirréttar ESB 8. júlí 2004 í máli nr. T-44/00 Mannesmannröhren-Werke AG gegn framkvæmdastjórninni (málgrein 229).

Stefndi byggir á því að tryggja verði að sektir í samkeppnismálum hafi nægjanleg varnaðaráhrif. Sektir geti numið allt að 10% af heildarveltu síðasta rekstrarárs hjá hverju því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja, sem aðild eiga að broti. Samanlögð velta stefnenda Síldar og fisks hafi verið tæplega 10 milljarðar kr. á árunum 2006-2008 og velta samstæðunnar Langasjávar ehf. 5 milljarðar króna árið 2010.

Verðsamráð stefnenda, Síldar og fisks ehf. og Matfugls ehf., og Bónuss hafi átt sér stað í mörg ár og tekið yfir langtum lengra tímabil en í umræddu máli. Það rétta sé að fjárhæðin nam 2,7% af heildarveltu. Þá ítrekar stefndi að lóðrétt og lárétt verðsamráð feli hvort tveggja í sér alvarleg brot á 10. gr. samkeppnislaga.

Stefndi byggir á því að í 16. gr. samkeppnislaga sé að finna heimild til að setja þau skilyrði sem um ræðir. Skilyrðin í töluliðum 1-4 í 4. mgr. í ákvörðunarorðum stefnda séu málefnaleg og hafi þann tilgang að vinna gegn lóðréttu verðsamráði og brotum á 10. gr. samkeppnislaga og skapi skilyrði fyrir aukinni samkeppni. Því sé mótmælt að gengið hafi verið of langt við setningu skilyrðanna og að brotið hafi verið gegn meðalhófs- og lögmætisreglunni. Stefndi bendir sérstaklega á, að hvergi í ákvörðun sinni sé því haldið fram, að einhliða fyrir mæli frá smásala um verðmerkingar á vörum feli í sér samráð í skilningi samkeppnislaga. Aftur á móti sé ljóst, að þau ólögmætu samskipti sem áttu sér stað á brotatímabilinu, tengist því verklagi, sem skapast hafi í kringum forverðmerkingar birgja fyrir matvöruverslanir. Því hafi borið nauðsyn til að setja þau skilyrði sem um ræðir. Þá sé því mótmælt að með nefndum skilyrðum hafi stefndi lagt bann við hvers kyns samskiptum framleiðenda við endurseljendur. Skilyrðin séu bundin við samskipti, sem varða smásöluverð þeirra vara, sem stefnendur, Síld og fiskur ehf. og Matfugl ehf., selja endurseljendum.

Hvað varðar þá málsástæðu stefnenda, að skilyrðin valdi því að „markaðsráðandi verslunarkeðjur“ hafi í hendi sér framtíð kjötvinnslu stefnenda, þá stangist það sjónarmið á við það, sem stefnendur hafi haldið fram um að verð stefnenda væru fullkomlega leiðbeinandi og að Bónus og aðrir endurseljendur hafi fullt frelsi til að ákveða eigið smásöluverð. Stefndi byggir á því að þetta undirstriki nauðsyn skilyrðanna. Athygli sé vakin á því að matvörukeðjur selja fjölda vörutegunda undir eigin vörumerkjum, sem hefur ekki leitt til þess að önnur vörumerki hafi horfið af markaðnum. Órökstutt sé hví matvörukeðjur ættu að hafa hag af því að selja vörur stefnenda með óhóflegri smásöluálagningu.

Stefndi mótmælir því að litið hafi verið fram hjá sjónarmiðum sem stefnandi, Síld og fiskur ehf., hafi sett fram í bréfi til stefnda, dags. 20. janúar 2011. Í ákvörðun stefnda hafi verið fjallað um bréfið og sjónarmið stefnanda, Síldar og fisks ehf., reifuð. Stefnendur setji nú fram sömu sjónarmið. Stefndi mótmælir þeim sem þýðingarlausum.

Þá mótmælir stefndi tilvísun til dóms Hæstaréttar í máli nr. 136/2003 í stefnu sem marklausri. Skilyrði í ákvörðun stefnda nr. 36/2011 geti með engu móti farið gegn framangreindum dómi réttarins, enda lagaumhverfi nú annað. Með nýjum reglum um verðmerkingar sé endurseljendum veitt heimild til að upplýsa neytendur um endanlegt verð vara, sem forpakkað er af framleiðanda og ekki sé unnt að selja í staðlaðri þyngd, með verðskanna. Stefndi hafnar ályktunum í stefnu um að hvorki kjötbirgjar né matvöruverslanir geti sótt um undanþágu á grundvelli 15. gr. samkeppnislaga þegar skilyrði séu í gildi. Stefnendur og önnur fyrirtæki geti ávallt látið reyna á hvort skilyrði séu fyrir undanþágu og öll fyrirtæki sem lúta skilyrðum geti ávallt óskað eftir endurupptöku samkvæmt 24. gr. stjórnsýslulaga.

IV.

Niðurstaða

Eins og áður hefur komið fram lýtur kröfugerð stefnenda að því að felldur verði úr gildi með dómi úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 16. febrúar 2012, nr. 13/2011, auk þess að felld verði úr gildi ákvörðun stefnda Samkeppniseftirlitsins frá 7. nóvember 2011, nr. 36/2011. 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 dómsmál 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 ógildingu á ákvörðun stefnda nr. 36/2011 vísað frá dómi.

Kröfu sína um ógildingu á úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 13/2011 byggja stefnendur í fyrsta lagi á því að sektarákvörðun hafi ranglega beinst að stefnanda, Langasjó ehf., enda myndi félagið ásamt dótturfélögunum Síld og fiski ehf. og Matfugli ehf., stefnendum í máli þessu, ekki eina efnahagslega einingu í skilningi samkeppnisréttar. Í öðru lagi byggja stefnendur á því að málsmeðferð stefnda hafi verið verulega áfátt og hún farið gegn meginreglum mannréttindasáttmála Evrópu og stjórnsýslu- og samkeppnisrétti, auk þess sem hún hafi ekki samrýmst málsmeðferðarreglum samkeppnisyfirvalda nr. 880/2005.

Stefndi byggir á því að löglíkur séu fyrir því að móður- og dótturfélag teljist ein efnahagsleg eining ef dótturfélag er í 100% eigu móðurfélags á brotatímabilinu og því hafi verið heimilt að leggja sekt á móðurfélagið. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála vísar í úrskurði sínum til úrskurðar síns í máli nr. 14/2009. Stefndi byggir á því, eins og rakið er hér að framan, að stefnendur beri sönnunarbyrði fyrir því að dótturfélögin hafi verið sjálfstæð þrátt fyrir eignarhald stefnanda, Langasjávar ehf. Stefndandi, Langisjór ehf., hafi ekki sýnt fram á að dótturfélögin hafi í raun notið sjálfstæðis frá honum og ólíklegt sé að nokkur gögn um slíkt séu fyrir hendi í ljósi stjórnunarlegra tengsla milli fyrirtækjanna, samanber það sem rakið er hér að framan. Stefndi vísar í þessu sambandi m.a. til dóms ESB 10. september 2009 í máli C-97/08 P, Akzo Nobel NV o.fl. gegn framkvæmdastjórninni (mgr. 63). Þá hafnar stefndi þeirri málsástæðu stefnenda að sanna þurfi að móðurfélag hafi beitt áhrifum sínum til þess að bera ábyrgð á brotum dótturfélaga sinna og vísar í því sambandi til áður nefnds dóms dómstóls ESB í máli Akzo Nobel. Þá byggir stefndi á því að heimilt sé að hefja mál gagnvart móðurfélagi eftir að andmælaskjal hefur verið gefið út og vísar til dóms dómstóls ESB í máli nr. T-190/06 og Elf Aquitaine SA gegn framkvæmdastjórninni.

Í athugasemdum með frumvarpi að lögum nr. 107/2000, um breytingu á samkeppnislögum, nr. 8/1993, með síðari breytingum, segir varðandi skýringu á hugtakinu efnahagsleg eining, að um slíka einingu sé að ræða „þegar dótturfyrirtæki eða félag innan sömu samstæðu hefur ekki raunverulegt frelsi til að ákveða aðgerðir sínar á markaði“. Þá segir jafnframt: „Ef samband t.d. dótturfyrirtækis við móðurfyrirtæki er þannig að móðurfélagið hefur boðvald yfir

dótturfélaginu og það er í raun ígildi deildar innan móðurfélagsins er um eina efnahagslega einingu að ræða í skilningi samkeppnisréttar.“ Samkvæmt 16. mgr. leiðbeinandi reglna framkvæmdastjórnar ESB með 101 gr. TFEU segir að um eina efnahagslega einingu. sé að ræða þegar dótturfélag nýtur ekki sjálfstæðis í ákvarðanatöku heldur fylgir fyrirmælum móðurfélags.

Í Evrópurétti hefur verið litið svo á að 100% eignarhald móðurfélags í dótturfyrirtæki leiði til þess að löglíkur séu fyrir því að um sé að ræða eina efnahagslega einingu í merkingu samkeppnisréttar nema móðurfélagið geti sýnt að dótturfélagið hagi sér sjálfstætt á markaði, sbr. Akzo Nobel NC (mál nr. 97/08). Stefnendur byggja á því að það leiði af rannsóknarreglu stjórnáskilgættar, að stjórnvöldum sé óheimilt að beita sönnunarreglum og löglíkum í stað rannsókna og hafa þeir mótmælt því að félögin myndi eina efnahagslega einingu. Hafa þeir fært bæði rök og gögn fyrir þeirri afstöðu sinni í bréfum til stefnda. Stefnendur byggja á því að þeir hafi sýnt fram á að félögin, eins og önnur dótturfélög stefnanda Langasjávar ehf., hafi notið sjálfstæðis í rekstri sínum.

Í málinu liggja fyrir samþykktir og ársreikningur stefnanda, Langasjávar ehf., fyrir árið 2008, en þar koma fram upplýsingar um rekstur félagsins bæði árið 2007 og 2008. Samkvæmt þessum gögnum er ekki að sjá að félagið hafi stundað neinn eiginlegan rekstur og hafi tekjur félagsins verið óverulegar, eða um fimm milljónir króna. Móðurfélagið stundaði þannig enga raunverulega starfsemi, var raunverulega móðurfélag utan um eignarhald dótturfélaganna, og var aðeins haldinn árlegur aðalfundur í samræmi við samþykktir félagsins og landslög. Samkvæmt samþykktum félagsins var tilgangur þess að „stunda fjárfestingar í arðbærum atvinnurekstri og lánastarfsemi“. Félagið var því ekki sambærilegt við móðurfélagið í máli nr. 14/2009, Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu, sem áfrýjunarnefnd samkeppnismála vísaði til í rökstuðningi sínum. Telja verður að stefnda hafi borið að rannsaka sérstaklega og fjalla um málsástæður stefnanda Langasjávar ehf. fyrir því að dótturfélögin hegðuðu sér sjálfstætt á markaði í stað þess að byggja eingöngu á löglíkum, sbr. mál Elf Aquitaine SA v. Commission (mál nr. 521/09) og Dansk rörindustri (sameinuð mál C-189/02 o.fl.). Stefndi byggir ákvörðun sína um að leggja sektargreiðsluna á stefnanda, Langasjó ehf., fremur en dótturfélögin, á því að það hefði meiri varnaðaráhrif í för með sér. Stefndi hefur engin rök fært fyrir því í hverju hin auknu varnaðaráhrif liggja, að öðru leyti en því að á grundvelli fjárhagsupplýsinga frá stefnendum hafi verið tekin ákvörðun um að beina málinu að stefnanda, Langasjó ehf.

Telja verður, með hliðsjón af hinni íþyngjandi sektarákvörðun, að rök hnígi til þess að eðlilegra hefði verið að leggja hana á dótturfélögin, sem rannsóknin beindist að og sökuð voru um brot á samkeppnislögum, þar sem það hefði verið rökrétt framhald af höfnun þeirra á sáttaboði stefnda.

Ekki verður hjá því komist að víkja að málsmeðferð stefnda. Fyrir liggur, að það var ekki fyrr en með bréfi stefnda, dags. 16. nóvember 2010, að stefnanda Langasjó ehf., var formlega kynnt frumniðurstaða stefnda um að félagið og dótturfélög þess, stefnendur, Síld og fiskur ehf. og Matfugl ehf., mynduðu efnahagslega einingu, þannig að heimilt væri að beina máli og mögulegri íþyngjandi ákvörðun vegna ætlaðra brota dótturfélaganna að móðurfélaginu, stefnanda Langasjó ehf. Rannsókn á ætluðum brotum stefnanda, Síld og fiski ehf., hófst af hálfu stefnda í janúar 2009 og gagnvart stefnanda, Matfugli ehf., í mars

sama ár. Þeim var síðan þann 5. júlí 2010 sent andmælaskjal í málinu. Frá upphafi rannsóknar lá ljóst fyrir 100% eignarhald stefnanda, Langasjávar ehf., á dótturfélögnum, stefnendum í máli þessu, og þrátt fyrir það að stefndi byggji á því að löglíkur séu fyrir því að 100% eignarhald leiði til þess að um eina efnahagslega einingu sé að ræða og dótturfélögin hefðu ekki raunverulegt frelsi til ákvarðana á markaði, beindi stefndi ekki málinu eða rannsókn þess að móðurfélagi þeirra, stefnanda Langasjó, fyrr en með bréfi sínu, dags. 16. nóvember 2010, eins og rakið er hér að fram. Með hliðsjón af þessu mati stefnda hefði átt að beina málinu að stefnanda Langasjó ehf. strax í upphafi rannsóknar.

Stefnendur byggja á því að reglur um málshraða hafi verið vanræktar og upphaf rannsóknar hafi verið þann 15. október 1997, þegar erindi frá Samkeppnisstofnun sem bar heitið Smásöluverðmerking framleiðenda í matvælaíðnaði barst stefnanda Síld og fiski. Ekki verður fallist á þessa málsástæðu.

Stefndi byggir, eins og rakið er hér að framan, á því að málsmeðferð hans og áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi verið í samræmi við meginreglur stjórnisýsluréttar og ákvæði stjórnisýslulaga nr. 37/1993.

Í 11. gr. málsmeðferðarreglna stefnda, nr. 44/2005, segir að ákveði Samkeppniseftirlitið að taka mál til meðferðar skuli þeim, sem málið beinist að, skýrt frá efni þess og honum gefinn kostur á að koma að athugasemdum og skýringum, nema hætta sé á að rannsókn kunni að torveldast af þeim sökum. Slík tilkynning var ekki send stefnanda, Langasjó ehf. Sambærilegt ákvæði og í 11. gr. málsmeðferðarreglnanna er í 14. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993, en þar segir að stjórnvald skuli svo fljótt sem því verður við komið, vekja athygli aðila á því að mál hans sé til meðferðar. Samkvæmt 17. gr. málsmeðferðarreglna stefnda skal andmælaskjal sent málsaðilum og þeim gefinn hæfilegur frestur til að gera skriflegar athugasemdir við það og koma að frekari skýringum og gögnum, en andmælaskjalið var aldrei formlega sent stefnanda, Langasjó ehf. Þá voru gögn málsins ekki send stefnanda, Langasjó ehf., í samræmi við 15. gr. málsmeðferðarreglna stefnda. Tilgangur málsmeðferðarreglna stefnda og stjórnisýsluréttar er að tryggja, að aðilar máls njóti grundvallarverndar við málsmeðferð stjórnvalds og skortur á því að gefa aðilum kost á að koma að rannsókn máls frá upphafi, getur ónýtt andmælarétt, sbr. dóm í málinu Technische Unie nr. 113/04. Langisjór greip aldrei til andmæla gegn andmælaskjali málsins í heild, heldur aðeins þeim þáttum sem sérstaklega voru bornir undir félagið. Þar sem andmælaskjalið beindist ekki að félaginu verður það ekki sakað um aðgerðarleysi, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málinu nr. 3/2004 (Bensínorkan).

Það, að framkvæmdastjóri og stjórnarmaður í stefnanda, Langasjó ehf., hafi stöðu sinnar vegna sem framkvæmdastjóri og stjórnarmaður Síldar og fisks ehf., og stjórnarmaður í stefnanda, Matfugli ehf., komið fram gagnvart stefnda við rannsókn málsins á hendur þessum félögum og sent inn athugasemdir þeirra við andmælaskjal, leysir stefnda ekki undan skyldum sínum samkvæmt tilvitnuðum ákvæðum málsmeðferðarreglna stefnda nr. 880/2005.

Gunnar Þór Gíslason, sem var framkvæmdastjóri og stjórnarmaður í stefnanda Langasjó ehf., framkvæmdastjóri og stjórnarmaður í stefnanda, Síld og

fiski ehf. og stjórnarmaður í stefnanda, Matfugli ehf., kom fyrir dóm. Hann skýrði frá því að hann hefði komið fram gagnvart stefnda fyrir hönd stefnenda, Síldar og fisks ehf. og Matfugls ehf. Á fundi hans og Eggerts Gíslasonar, stjórnarmanns í félögunum þremur, og stefnda, í október 2010, hafi félögunum tveimur verið boðið að ljúka málinu með sátt með greiðslu sektar að fjárhæð samtals 40 milljónir króna. Á það hafi ekki verið fallist þar sem félögin hafi ekki talið sig hafa brotið gegn ákvæðum samkeppnislaga. Á þessum fundi hafi stefnda verið gerð grein fyrri bágri fjárhagstöðu félaganna tveggja og neikvæðri eiginfjárstöðu Matfugls ehf. Þá hafi stefnda jafnframt verið gerð grein fyrir því að stefnandi, Síld og fiskur ehf., hafi skuldað gengistryggt lán, sem Arion banki hf. hefði tekið yfir frá Kaupþingi hf., en rekstur félagsins ekki getað staðið undir láninu. Það hafi verið fyrst í framhaldi af þessum fundi sem stefndi virðist hafa tekið ákvörðun um að beina fremur sektargreiðslum að móðurfélaginu Langasjó ehf., þó að rannsókn málsins hafi ekki beinst að fyrirtækinu.

Í máli þessu er um íþyngjandi sektarákvörðun að ræða. Ekkert liggur fyrir í gögnum málsins um að stefnandi, Langisjór ehf., hafi komið að eða stjórnað ákvörðunum dótturfélaganna á markaði. Eins og áður er rakið takmarkast rökstuðningur stefnda við það, að 100% eignarhlutdeild stefnanda, Langasjávar ehf., í dótturfélögunum og stjórnunarleg tengsl, leiði til þess að félögin séu ein efnahagsleg eining og þau hafi ekki lagt fram nein gögn sem sýni fram á að þau hafi notið sjálfstæðis frá Langasjó ehf. Þá byggir stefndi jafnframt á því að telja verði að slík gögn geti ekki verið fyrir hendi í ljósi þeirra sterku stjórnunarlegu tengsla, sem eru á milli fyrirtækjanna. Stefndi rökstyður ekki frekar hvers vegna staðreyndir eins og gögn varðandi rekstur Langasjávar ehf. og málsástæður, sem byggt er á af hálfu stefnenda, nægja ekki til að hrekja löglíkurnar. Stefndi byggir þannig á löglíkum að dótturfélögin hafi ekki hagað sér sjálfstætt á markaði. Dómurinn telur að stefnda hafi borið að rökstyðja hvers vegna staðreyndir og málsástæður sem stefnendur byggja á nægja ekki til að hrekja löglíkurnar, sbr. mál Elf Aquitaine SA v. Commission (C-521/09 P).

Samkvæmt því, sem rakið hefur verið, telur dómurinn, að stefndi hafi ekki sýnt nægilega fram á, að stefnandi Langisjór ehf. og stefnendur Síld og fiskur ehf. og Matfugl ehf. hafi á ætluðu brotatímabili, verið ein efnahagsleg eining í skilningi samkeppnisréttar og því hafi stefnda ekki verið heimilt að beina sektarákvörðun að stefnanda Langasjó ehf. Þá er og að líta til þess, að málsmeðferð stefnda var eins og rakið hefur verið ábótavant og í ýmsum atriðum í andstöðu við málsmeðferðarreglur stefnda nr. 880/2005 og meginreglur stjórnsýslulaga nr. 37/1993, einkum 10. og 13 gr. laganna.

Að virtu öllu því sem að framan er rakið, er það niðurstaða dómsins að þegar af þessum ástæðum er felldur úr gildi úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 16. febrúar 2012 í málinu nr. 13/2011, Langisjór ehf., Síld og fiskur ehf. og Matfugl ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu.

Eftir úrslitum málsins er stefndi Samkeppniseftirlitið dæmt til að greiða stefnendum 3.000.000 króna í málskostnað. Ekki er fallist á kröfu stefnenda um greiðslu málskostnaðar vegna meðferðar málsins hjá samkeppnisyfirdöðum.

Lögmenn aðila og dómarrar eru sammála um að ekki sé þörf á endurflutningi málsins.

Dóm þennan kveður upp Þórður Clausen Þórðarson héraðsdómari auk sérfróðu meðdómaranna, dr. Katrínar Ólafsdóttur, lektors við viðskiptadeild Háskólans í Reykjavík, og Kristjáns Jóhannssonar, fyrrverandi lektors við viðskiptadeild Háskóla Íslands.

D Ó M S O R Ð :

Kröfu stefnenda um ógildingu á ákvörðun stefnda frá 7. nóvember 2011, nr. 36/2011, er vísað frá dómi.

Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 16. febrúar 2012, í máli nr. 13/2011, er felldur úr gildi.

Stefndi greiði stefnendum 3.000.000 króna í málskostnað.

Þórður Clausen Þórðarson