

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 29. maí 2018 í máli nr. E-1613/2017:

Mjólkursamsalan ehf.

(Hulda Árnadóttir lögmaður)

gegn

Samkeppniseftirlitinu

Ríkissjóði Íslands

(Gizur Bergsteinsson lögmaður.)

Mál þetta, sem var dómtekið 14. maí sl., er höfðað fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur, annars vegar af Mjólkursamsölnunni ehf., Bitruhálsi 1, Reykjavík gegn Samkeppniseftirlitinu, Borgartúni 26, Reykjavík og íslenska ríkinu, Vegmúla 3, Reykjavík, og hins vegar af Samkeppniseftirlitinu gegn Mjólkursamsölnunni ehf. Mál ofangreindra aðila voru sameinuð í þinghaldi 3. maí 2018 með vísan til b-liðar 1. mgr. 30. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála þannig að í aðalsök er leyst úr kröfum aðalstefnanda, Mjólkursamsölnunnar ehf., en í gagnsök er leyst úr kröfum gagnstefnanda, Samkeppniseftirlitsins.

Í aðalsök gerir aðalstefnandi aðallega þá dómkröfu á hendur gagnstefnanda, Samkeppniseftirlitinu, að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála 18. nóvember 2016 í máli nr. 4/2016 verði ógiltur að því leyti sem aðalstefnanda var gert að greiða 40.000.000 króna vegna brots gegn 19. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Til vara er þess krafist að dómstólar felli fyrrgreinda sekt áfrýjunarnefndarinnar niður og til þrautavara að sektin verði lækkuð verulega.

Gagnvart stefnda, íslenska ríkinu, krefst aðalstefnandi þess aðallega að stefnda, íslenska ríkinu, verði gert að endurgreiða aðalstefnanda 40.000.000 króna með dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 frá 15. maí 2017 til greiðsludags. Til vara er þess krafist að stefnda, íslenska ríkinu, verði gert að endurgreiða aðalstefnanda mismun á 40.000.000 króna og þeirri sekt sem ákvörðuð kann að verða með dómi, með dráttarvöxtum frá 15. maí 2017 til greiðsludags.

Í öllum tilvikum krefst aðalstefnandi málskostnaðar úr hendi gagnstefnanda og stefnda, íslenska ríkisins.

Gagnstefnandi og stefndi, íslenska ríkið, krefjast báðir sýknu í aðalsök auk málskostnaðar.

Í gagnsök krefst gagnstefnandi þess að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála 18. nóvember 2016 í máli nr. 4/2016 verði ógiltur að því leyti sem

Þar er felldur úr gildi sá hluti ákvörðunar gagnstefnanda frá 7. júlí sama árs, nr. 19/2016 að aðalstefnandi skuli greiða 440.000.000 kr. stjórnvaldssekt í ríkissjóð, vegna brots á 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, eigi síðar en einum mánuði eftir dagsetningu ákvörðunarinnar.

Þá er þess krafist að aðalstefnanda verði gert að greiða 440.000.000 kr. sekt í ríkissjóð.

Gagnstefnandi krefst málskostnaðar úr hendi aðalstefnanda

Aðalstefnandi krefst aðallega sýknu af öllum kröfum gagnstefnanda í gagnsök en til vara að sekt verði ekki lögð á aðalstefnanda eða að hún verði mun lægri en krafist er. Í báðum tilvikum er krafist málskostnaðar úr hendi gagnstefnanda.

Í öndverðu krafðist aðalstefnandi þess aðallega að kröfum gagnstefnanda í gagnsök yrði vísað frá dómi. Með úrskurði 25. janúar 2018 var þeirri kröfu hafnað.

I

Mál þetta varðar ógerilsneydda mjólk, þ.e. hrámjólk sem er grundvallarhráefni við framleiðslu á hvers konar mjólkurvörum. Aðalstefnandi er eina fyrirtækið hér á landi sem selur hrámjólk í heildsölu til annarra mjólkurframleiðenda, ásamt því að nýta hana til eigin framleiðslu. Aðalstefnandi hefur tekið við um 90% af þeirri hrámjólk sem bændur framleiða.

Í árslok 2012 urðu þau mistök hjá aðalstefnanda að hann sendi Mjólkurbúinu reikning fyrir kaupum á hrámjólk en reikningurinn átti að fara til Mjólkú II. Varð Mjólkurbúinu þá ljóst að það þyrfti að greiða umtalsvert hærra verð fyrir hrámjólk en keppinauturinn. Í ársbyrjun 2013 sendi Mjólkurbúið gagnstefnanda kæru og hófst þá rannsókn málsins. Til skoðunar var hvort aðalstefnandi hefði á árunum 2008–2013 misnotað markaðsráðandi stöðu annars vegar gagnvart Mjólkú I og hins vegar gagnvart Mjólkurbúinu.

Hinn 22. september 2014 tók gagnstefnandi ákvörðun nr. 26/2014 og komst að þeirri niðurstöðu að aðalstefnandi hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína og raskað samkeppni á umræddu tímabili. Rannsókn gagnstefnanda leiddi í ljós að Mjólkú I og síðar Mjólkurbúið höfðu þurft að greiða allt að 17% hærra verð fyrir hrámjólkina en það verð sem KS og Mjólkú II greiddu. Verðmunurinn hafi verið allt að 21% þegar horft væri til þess verðs sem framleiðsludeild aðalstefnanda greiddi fyrir hrámjólkina. Þá var aðalstefnanda gert að greiða 370 milljónir króna í sekt.

Aðalstefnandi skaut málinu til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Fyrir áfrýjunarnefndinni lagði aðalstefnandi í fyrsta sinn fram framlegðar- og

verkaskiptasamkomulag við KS, dags. 15. júlí 2008. Aðalstefnandi taldi skjal þetta mikilvægt til að sýna lögmæti aðgerða sinna. Hins vegar var það aldrei kynnt gagnstefnanda undir rekstri málsins þar.

Með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 5/2014 frá 16. desember 2014 var ákvörðun gagnstefnanda nr. 26/2014 felld úr gildi. Í forsendum úrskurðarins kom m.a. fram að áfrýjunarnefndin teldi það vera grundvallaratriði í málinu að efni samkomulagsins frá 15. júlí 2008 yrði rannsakað og fengin fram sjónarmið er vörðuðu þýðingu sammingsins milli aðalstefnanda og KS, uppgjör milli aðila og efndir á því tímabili er ætluð brotastarfsemi stóð. Þar sem samkomulagið hefði ekki legið fyrir við meðferð málsins hjá gagnstefnanda taldi nefndin sér ekki unnt að taka efnislega afstöðu til málsins. Var ákvörðunin því felld úr gildi og lagt fyrir gagnstefnanda að rannsaka málið að teknu tilliti til nefnds samkomulags.

Hinn 19. desember 2014 hófst ný rannsókn hjá gagnstefnanda. Í bréfinu var vísað til þess að aðalstefnandi hefði ekki lagt samkomulagið frá 15. júlí 2008 fram í aðdraganda ákvörðunar gagnstefnanda nr. 26/2014. Vegna þessa hygðist gagnstefnandi taka afstöðu til þess hvort upplýsingagjöf aðalstefnanda hefði verið ófullnægjandi eða villandi í skilningi samkeppnislaga. Var í því sambandi óskað eftir ítarlegum upplýsingum og gögnum sem voru tilgreind í 14 tölulíðum í bréfinu. Aðalstefnandi svaraði umræddri beiðni um gögn með bréfi 28. janúar 2015 og hafnaði því að hafa brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga.

Hinn 22. október 2015 barst aðalstefnanda andmælaskjal, þar sem frumniðurstöðu gagnstefnanda var lýst. Hinn 12. janúar 2016 sendi aðalstefnandi frá sér athugasemdir sínar. Hinn 7. júlí 2016 var aðalstefnanda birt ákvörðun gagnstefnanda nr. 19/2016. Niðurstaða ákvörðunarinnar var sú að aðalstefnandi hefði brotið gegn 11. og 19. gr. samkeppnislaga. Var honum gert að greiða samtals 480.000.000 króna í stjórnvaldssekt vegna umræddra brota, 440.000.000 króna vegna brots á 11. gr. og 40.000.000 króna vegna brots á 19. gr.

Hinn 4. ágúst 2016 kærði aðalstefnandi ákvörðun gagnstefnanda til áfrýjunarnefndar samkeppnismála og krafðist þess að hún yrði felld niður. Meirihluti áfrýjunarnefndarinnar taldi að aðalstefnanda hefði á grundvelli 71. gr. laga nr. 99/1993 verið heimilt að mismuna tengdum og ótengdum aðilum. Í niðurstöðu meirihlutans er hins vegar ekki tekin afstaða til þess hvort aðalstefnanda var heimilt að mismuna sinni eigin framleiðsludeild og ótengdum aðilum og lýtur gagnsök málsins að þessu atriði. Niðurstaða minnihluta áfrýjunarnefndarinnar var að staðfesta bæri ákvörðun gagnstefnanda um að aðalstefnandi hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Í atkvæði minnihlutans kemur fram að verðlagning aðalstefnanda á hrámjólk hafi leitt til þess að samkeppnisstaðan á markaði hafi

skekkst „með eins skýrum hætti og hugsast getur“. Taldi minnihlutinn að staðfesta bæri niðurstöðu gagnstefnanda um fjárhæð þeirrar stjórnvaldssektar sem var lögð á stefnda vegna þessa.

Niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar var hins vegar einróma um að aðalstefnandi hefði brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga með því að upplýsa ekki gagnstefnanda um tilvist framlegðar- og verkaskiptasamkomulagsins. Taldi áfrýjunarnefndin að brotið væri alvarlegt. Á hinn bóginn féllst hún ekki á að aðalstefnandi hefði brotið ákvæðið með því að staðhæfa að hann hefði tekið að sér að framleiða vörur með lægri framlegð. Taldi áfrýjunarnefndin að málsvörn aðalstefnanda væri innan marka þess svigrúms sem yrði að játa þeim sem verði hendur sínar. Niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar var því að ekki væru efni til að hrófla við ákvörðun gagnstefnanda um fjárhæð þeirrar stjórnvaldssektar sem stefnda var gert að greiða fyrir brot gegn 19. gr. laganna. Í aðalsök er fjallað um þetta atriði.

II

Helstu málsástæður og lagarök aðalstefnanda í aðalsök

Ágreiningur í aðalsök lýtur að því hvort aðalstefnandi hafi brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga með því að afhenda gagnstefnanda ekki, að eigin frumkvæði, samkomulag sitt við KS frá 15. júlí 2008 og samningana við KS frá 26. febrúar 2009 og 12. mars 2009 í aðdraganda ákvörðunar gagnstefnanda nr. 26/2014.

Aðalstefnandi telur það kjarna málsins að hann hafi veitt allar þær upplýsingar og afhent öll þau gögn sem óskað hafi verið eftir af hálfu gagnstefnanda í aðdraganda ákvörðunar nr. 26/2014. Sé þetta raunar óumdeilt, enda hafi samkeppnisyfírvöld aldrei haldið því fram að gagnstefnandi hafi beðið aðalstefnanda sérstaklega um samkomulagið, heldur leggi þau til grundvallar að aðalstefnandi hefði að eigin frumkvæði átt að afhenda það. Aðalstefnandi taki það fram að engin almenn gagna- og upplýsingabeidni hafi komið frá gagnstefnanda í aðdraganda ákvörðunarinnar. Beiðnirnar hafi allar verið afmarkaðar og óskað hafi verið eftir tilgreindum upplýsingum og gögnum sem aðalstefnandi hafi veitt undanbragðalaust.

Annars vegar byggir aðalstefnandi á því að upplýsingaskylda hans hafi aldrei verið vanrækt. Samstarfi aðalstefnanda, KS og Mjólku II hafi verið ítarlega lýst í öllum bréfasamskiptum aðalstefnanda við gagnstefnanda og til þess vísað að verðlagningin til KS og Mjólku II væri liður í samstarfi þessara aðila á grundvelli 71. gr. búvörulaga. Gagnstefnandi hefði verið í lófa lagið að óska eftir frekari upplýsingum og gögnum um samstarfið ef hann hefði haft áhuga á því að grennslast fyrir um það eða talið fyrirliggjandi upplýsingar um það ekki

fullnægjandi til töku efnislegrar ákvörðunar í málinu.

Hins vegar byggir aðalstefnandi á því að engin frumkvæðis- eða hlutlægnisskylda hvíli á honum samkvæmt 19. gr. samkeppnislaga. Af 1. og 2. mgr. lagaákvæðisins sé augljóst að fyrirtæki beri einungis að veita þær upplýsingar sem gagnstefnandi krefst afhendingar á. Óumdeilt sé að aðalstefnandi vanrækti aldrei slíka skyldu. Sé því útilokað að gera honum viðurlög á grundvelli i-liðar 1. mgr. 37. gr. laganna.

Til vara sé þess krafist að sektin verði felld niður, en til þrautavara að hún verði lækkuð verulega. Til stuðnings kröfunum sé vísað til þeirra sjónarmiða sem áður séu rakin. Aðalstefnandi telur að ætlað brot sé óverulegt, enda hvorki framið af ásetningi né gáleysi. Þá telji aðaláfrýjandi að ekki sé þörf á sektum í málinu til að stuðla að og efla virka samkeppni, enda hafi aðalstefnandi hvorki leynt né gefið rangar upplýsingar við meðferð málsins. Fullt tilefni sé til þess að fella sektina niður, sbr. 4. mgr. 37. gr. samkeppnislaga. Sé ekki fallist á það hljóti að þurfa að lækka sektina verulega. Sekt að fjárhæð 40.000.000 kr. fyrir brot gegn 19. gr. sé verulega há og úr öllu hófi með hliðsjón af hinu ætlaða broti.

Kröfur aðalstefnanda gegn stefnda íslenska ríkinu byggjast á öllum sömu málsástæðum og kröfur aðalstefnanda gagnstefnanda.

Helstu málsástæður og lagarök gagnstefnanda og stefnda, ísl. ríkisins í aðalsök

Gagnstefnandi byggir á því að aðalstefnandi hafi brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga með því að upplýsa ekki um framlegðar- og verkaskiptasamkomulag það sem hann gerði við Kaupfélag Skagfirðinga svf. 15. júlí 2008, og síðari breytingar á því, í tilefni af kröfu gagnstefnanda um að aðalstefnandi skýrði þann mismun sem væri á verði á þeirri mjólk sem hann seldi Mjólkurbúinu ehf. og Mjólk II. Í samkomulaginu hafi verið kveðið á um skyldu aðalstefnanda til að selja Kaupfélagi Skagfirðinga svf. allt að 3,5 m. lítra af hrámjólk á verði sem jafngilti lágmarksverði til bænda. Í stað þess að upplýsa um samkomulagið hafi aðalstefnandi haldið því fram að verðið á þeirri mjólk sem væri seld Mjólkurbúinu ehf. væri ákveðið af verðlagsnefnd búvara. Þó að aðalstefnandi hafi vísað til verkaskiptingar félaganna samkvæmt 71. gr. laga nr. 99/1993 og síðar bent á heimild félaganna til að gera með sér samning um verðtilfærslu milli tiltekinna afurða, sbr. 3. mgr. 13. gr. sömu laga, hafi hann aldrei upplýst að fyrir lægi skriflegt samkomulag milli sín og Kaupfélags Skagfirðinga svf. þar sem kveðið væri um á viðskipti félaganna með hrámjólk. Það hafi ekki verið fyrr en gagnstefnandi hafði gert aðalstefnanda að greiða 370 m. kr. sekt í ríkissjóð fyrir brot á 11. gr. samkeppnislaga sem aðalstefnandi hafi séð ástæðu til að upplýsa um samkomulagið og leggja það fram. Breyti engu í þessu sambandi þótt aðalstefnandi

hafi greint frá því að hann og Kaupfélag Skagfirðinga svf. hafi skipt með sér verkum. Í þeim bréfum sem aðalstefnandi sendi gagnstefnanda hafi aldrei verið gerð nákvæm grein fyrir ákvæðum samkomulagsins um viðskipti félaganna með hrámjólk.

Gagnstefnandi hafni vara- og þrautavarakröfum aðalstefnanda og bendi á að aðalstefnandi hafi ekki aðeins látið hjá líða að upplýsa um framlegðar- og verkaskiptasamkomulagið heldur hafi hann gefið skýringar á verðmismuninum sem hann vissi að ættu ekki við rök að styðjast. Gagnstefnandi mótmæli þess vegna því að aðalstefnandi hafi gefið allar upplýsingar eftir bestu vitund. Varðandi fjárhæð sektarinnar liggi fyrir að aðalstefnandi hafi torvelað rannsókn málsins og brot hans leitt til þess að hefja þurfti rannsóknina að nýju. Brotið hafi því leitt til tafa og kostnaðar sem komast hefði mátt hjá. Þá verði að hafa í huga að aðalstefnandi hafi áður brotið samkeppnislög. Með þetta í huga og að teknu tilliti til veltu og efnahags aðalstefnanda og nauðsynjar þess að sektin hafi bæði almenn og sérstök varnaðaráhrif byggji gagnstefnandi á því að fjárhæð sektarinnar sé hæfileg.

Stefndi, íslenska ríkið, krefst sýknu af kröfunum á þeim grundvelli að verði gagnstefnandi, Samkeppniseftirlitið, sýknaður af þeim kröfum sem beinast að honum, hvort heldur að hluta eða öllu leyti, beri með sama hætti að sýkna stefnda, íslenska ríkið.

III

Helstu málsástæður og lagarök gagnstefnanda í gagnsök

1. Gagnstefnandi krefst þess að úrskurður áfrýjunarnefndarinnar verði ógiltur að því leyti sem þar er felldur úr gildi sá hluti ákvörðunar gagnstefnanda nr. 19/2016 að aðalstefnandi skuli greiða 440.000.000 kr. stjórnvaldssekt í ríkissjóð vegna brots á 11. gr. samkeppnislaga, eigi síðar en einum mánuði eftir dagsetningu ákvörðunarinnar. Krafan byggist á því að aðalstefnandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með þeim aðgerðum sem gerð er grein fyrir í ákvörðun nr. 19/2016 og að lög nr. 99/1993 hafi ekki heimilað aðgerðirnar.

Gagnstefnandi byggir meðal annars á því að meirihluti áfrýjunarnefndarinnar hafi hvorki reist niðurstöðu sína á réttri skýringu á ákvæðum laga nr. 99/1993 né á réttu mati á þeim gögnum og upplýsingum sem aflað var við meðferð málsins. Þá hafi meirihlutinn ekki byggt niðurstöðu sína á réttum málsatvikum. Þetta sé verulegur annmarki á úrskurði áfrýjunarnefndarinnar. Einnig hafi rökstuðningi meirihlutans verið ábótavant.

2 Gagnstefnandi byggir á því að aðgerðir aðalstefnanda hafi ekki samræmst 11. gr. samkeppnislaga. Aðalstefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á hinum ráðandi markaði fyrir sölu á hrámjólk til vinnslu mjólkurafurða. Aðalstefnandi hafi tekið við u.þ.b. 90% af þeirri hrámjólk sem var framleidd hér á landi og verið eina fyrirtækið sem seldi hrámjólk í heildsölu. Þá hafi aðalstefnandi verið með ráðandi stöðu á markaðinum fyrir vinnslu mjólkurafurða þar sem hlutdeild hans hafi verið 80–90%. Styrkur aðalstefnanda hafi verið slíkur að hann hafði einstaka yfirburði á hvorum tveggja, hinum ráðandi markaði málsins (markaði fyrir heildsölu á hrámjólk) og hinum fráliggjandi markaði (markaði fyrir vinnslu mjólkurafurða).

Fyrir liggi að á því tímabili sem rannsókn gagnstefnanda tók til hafi aðalstefnandi selt keppinautum sínum hrámjólk á hærra verði en hans eigin framleiðsludeild og aðilar tengdir honum greiddu fyrir slíka mjólk. Þannig hafi þeir greitt allt að 21% hærra verð en framleiðsludeild aðalstefnanda og allt að 17% hærra verð en aðilar tengdir aðalstefnanda. Hráefniskostnaður KS og Mjólk II hafi verið 239 m. kr. lægri en hefði verið ef þau félög hefðu greitt sama verð og aðilar ótengdir aðalstefnanda, þ.e. Mjólk I og Mjólkurbúið ehf. Sú mismunun sem aðalstefnandi hafi beitt fyrirtækin hafi veikt samkeppnisstöðu þeirra og haft bein áhrif á vöxt þeirra og viðgang.

Samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga sé misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu bönnuð. Í c-lið 2. mgr. 11. gr. segi að misnotkun geti falist í því að viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra þannig veikt. Viðskiptaaðili í skilningi ákvæðisins geti verið deild eða eining innan hins markaðsráðandi fyrirtækis sem starfar á hinum fráliggjandi markaði. Af framansögðu leiði að fyrirtæki sem sé í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir sölu hráefnis geti brotið gegn c-lið 2. mgr. 11. gr. ef það selur sinni eigin framleiðsludeild hráefni á lægra verði en ótengdum keppinauti á fráliggjandi markaði. Hið sama eigi við ef viðskiptaaðili sem er tengdur hinu markaðsráðandi fyrirtæki fær hráefni á lægra verði en ótengdur viðskiptaaðili.

3. Gagnstefnandi byggir á því að lög nr. 99/1993 hafi ekki haft að geyma heimild fyrir aðgerðum aðalstefnanda. Ákvæði samkeppnislaga gildi um starfsemi afurðastöðva í mjólkuriðnaði nema í þeim tilvikum þar sem ákvæði laga nr. 99/1993 mæla fyrir um annað. Í niðurstöðu meirihluta áfrýjunarnefndarinnar sé litið svo á að aðgerðir aðalstefnanda hafi verið heimilar á grundvelli 71. gr. laga nr. 99/1993, sbr. 2. gr. laga nr. 85/2004.

Áður en lög nr. 85/2004 voru samþykkt hafi landbúnaðarráðherra falið Árna Vilhjálmssyni hrl. og Eiríki Tómassyni að rita álitsgerð um tengsl búvörulaga og

samkeppnislaga og gera tillögur til breytinga. Í álitserðinni 30. apríl 2004 komi fram að höfundum hennar hafi sérstaklega verið falið að meta hvernig hægt væri „að tryggja virka samkeppni í framleiðslu og sölu búvara án þess að hagsmunir bænda og íslensks landbúnaðar væru fyrir borð bornir“. Í álitserðinni sé lagt til að gerðar verði breytingar á 13. og 71. gr. laga nr. 99/1993 og tekið fram að þær muni þýða að banni 10. gr. samkeppnislaga við samráði verði ekki beitt nema að mjög takmörkuðu leyti „þegar um [sé] að ræða starfsemi þessara afurðastöðva og samskipti þeirra innbyrðis“ en hins vegar muni önnur ákvæði samkeppnislaga „gilda um innlendan mjólkuriðnað“. Í því sambandi sé sérstaklega vísað til 11. gr. samkeppnislaga.

Í almennum athugasemdum við frumvarp það sem varð að lögum nr. 85/2004 sé vísað til álitserðarinnar og tekið fram að frumvarpið sé lagt fram til „að eyða þeirri réttaróvissu sem skapast [hafi] um að gildandi búvörulög, nr. 99/1993, tryggi ekki með nægjanlegri vissu að samráð, samruni og verðtilfærsla í mjólkuriðnaði sé undanskilið gildissviði samkeppnislaga í samræmi við ætlan löggjafans“. Í álit meirihluta landbúnaðarnefndar Alþingis var hnykktt á því að tilgangurinn væri að veita undanþágu frá samruna- og samráðsákvæðum samkeppnislaga. Frumvarpið byggði á þeirri tillögu álitsgjafanna þeirra, Eiríks og Árna, að undanskilja aðeins tiltekna þætti í mjólkuriðnaði gildissviði samkeppnislaga. Þannig hafi bannið við misnotkun á markaðsráðandi stöðu átt að gilda áfram í mjólkuriðnaði.

Frumvarpið hafi orðið óbreytt að lögum nr. 85/2004 en með þeim hafi meðal annars verið gerðar breytingar á 3. mgr. 13. gr. og 71. gr. laga nr. 99/1993. Ákvæðin hafi veitt undanþágu frá þeim ákvæðum samkeppnislaga sem banna eða veita heimildir til inngripa í samruna eða tiltekið samstarf fyrirtækja. Ákvæðin feli hins vegar ekki í sér undanþágu frá banni 11. gr. laganna við því að fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu grípi til einhliða aðgerða. Hafi þáverandi landbúnaðarráðherra tekið það skýrt fram á Alþingi að þrátt fyrir heimild afurðastöðva samkvæmt 71. gr. laga nr. 99/1993 geti þær „ekki beitt markaðsráðandi stöðu sinni, það er auðvitað ekkert sem samkeppnislögin eða búvörulögin eða nein önnur lög heimila þeim að gera“.

4. Því er haldið fram að 71. gr. laga 99/1993 hafi ekki falið í sér heimild fyrir aðalstefnanda og KS til að jafna framlegðina. Niðurstaða meirihluta áfrýjunarnefndarinnar um að ákvæðið hafi að geyma slíka heimild sé ekki reist á réttri lögskýringu. Gagnstefnandi hafni rúmri túlkun meirihluta áfrýjunarnefndar á 71. gr., sem og því að viðskipti aðalstefnanda með hrámjólk á lágu verði hafa falið í sér „eina af mörgum aðferðum sem til greina getur komið til að jafna framlegð við svipaðar aðstæður og greinir í þessu máli“.

Í forsendum meirihluta áfrýjunarnefndarinnar sé vísað til þess að í 20. gr. laga nr. 112/1992, sem var undanfari 71. gr. laga nr. 99/1993, hafi verið kveðið á um að í samkomulagi mjólkursamlaga um framleiðslu einstakra mjólkurvara, væri „heimilt að kveða á um verðtilfærslu til að jafna framlegð mismunandi framleiðslutegunda á milli mjólkurbúa.“ Í forsendunum segi að telja megi ákveðna framlegðarjöfnun milli afurðastöðva „eðlilega og nauðsynlega til að ná fram samningum um sjálfa verkaskiptinguna“. Þessu sé hafnað og byggt á því að breytingar þær sem gerðar hafi verið á 71. gr. staðfesti að ákvæðið feli eingöngu í sér heimild fyrir afurðastöðvar til að skipta með sér verkum en ekki til að jafna framlegð. Sú heimild sem afurðastöðvar hafi til að gera samninga sín á milli um verðtilfærslu (jöfnun framlegðar) sé í 3. mgr. 13. gr. laganna, en þar sé þeim veitt heimild til að semja sín á milli um verðtilfærslu „milli tiltekinna afurða“. Ákvæði 71. gr. laganna hafi hins vegar ekki að geyma neina slíka heimild.

5. Gagnstefnandi byggir á því að niðurstaða meirihluta áfrýjunarnefndar um túlkun á 71. gr., sbr. 3. mgr. 13. gr. búvörulaga, samræmist ekki forsögu ákvæðanna. Í lögum hafi upphaflega verið gert ráð fyrir því að afurðastöðvum í mjólkuriðnaði væri skylt að skipta með sér verkum, sbr. 1. mgr. 48. gr. laga nr. 46/1985. Með 20. gr. laga nr. 112/1992 hafi verið gerð sú breyting að það hafi ekki lengur verið skylt heldur gátu afurðastöðvar starfað algerlega sjálfstætt. Einnig hafi verið gerð sú breyting að ekki hafi verið gert ráð fyrir að heimild afurðastöðva til að jafna framlegð sín á milli (verðtilfærsla) væri innifalin í heimild þeirra til að skipta með sér verkum. Þannig þyrfti að semja sérstaklega um slíka jöfnun framlegðar. Lög nr. 46/1985 voru síðan endurútfærin sem lög nr. 99/1993. Með 4. gr. laga nr. 69/1998 um breytingu á lögum nr. 99/1993 hafi heimildin til að jafna framlegð með verðtilfærslu verið færð úr 59. gr. (áður 56. gr.) í 3. mgr. 13. gr. laganna, sem kvað á um að afurðastöðvum var heimilt að gera samninga um verðtilfærslu milli tiltekinna afurða, en verðlagsnefnd skyldi staðfesta þá. Eftir þá breytingu sem hafi verið gerð á 59. gr. með 18. gr. laga nr. 69/1998 hafi ákvæðið orðið efnislega samhljóða 71. gr. Með lögum nr. 85/2004 hafi, sem fyrr segir, verið gerðar breytingar á ákvæðum 3. mgr. 13. gr. og 71. gr. laga nr. 99/1993. Þessar breytingar hafi hins vegar ekki haft áhrif á það fyrirkomulag að heimild afurðastöðva til að skipta með sér verkum sé í 71. gr. á meðan heimildin til að semja um verðtilfærslu milli tiltekinna afurða sé í 3. mgr. 13. gr. (nú 4. mgr. 13. gr.) laganna. Niðurstaða meirihluta áfrýjunarnefndarinnar um að 71. gr. laganna feli í sér heimild til að jafna framlegð samræmist því ekki forsögu ákvæðanna.

6. Þá samræmist niðurstaða meirihluta áfrýjunarnefndarinnar ekki því sjálfstæði sem afurðastöðvum hafi verið veitt með lögum nr. 112/1992 og 69/1998. Breytingarnar hafi átt rætur að rekja til þjóðarsáttarsamninganna frá 1990 og tillagna svokallaðrar sjömannanefndar. Breytingarnar hafi verið í frjálsræðisátt og þótt „mjög byltingarkenndar“

Með lögum nr. 69/1998 hafi þeim afurðastöðvum sem svo kusu verið heimilað að starfa sjálfstætt og veita samkeppnislegt aðhald, meðal annars til hagsbóta fyrir bændur. Reynslan hafi sýnt að þetta fyrirkomulag gat gefið góða raun. Athugun gagnstefnanda hafi t.d. sýnt að samkeppni Mjólku I leiddi til þess að það verð sem afurðastöðvar greiddu mjólkurbændum fyrir hrámjólk hækkaði á meðan verð á mjólkurvörum til neytenda lækkaði, sbr. álit stefnanda nr. 1/2006. Gildistaka laga nr. 85/2004 hafi ekki breytt framangreindu enda séu heimildir laganna valkvæðar. Samkvæmt því hafi afurðastöðvar eins og Mjólka I áfram getað starfað sjálfstætt. Gagnstefnandi byggir á því að meirihluti áfrýjunarnefndarinnar hafi litið fram hjá því markmiði löggjafans að á mjólkurmarkaði geti starfað sjálfstæðar afurðastöðvar. Með setningu 71. gr. laga nr. 99/1993, sbr. 2. gr. laga nr. 85/2004, hafi ekki verið stefnt að því að markaðsráðandi afurðastöð gæti með verðlagningu sinni á grundvallarhræfni takmarkað eða gert möguleika sjálfstæðra afurðastöðva til að starfa og veita samkeppnislegt aðhald að engu. Því standist ekki niðurstaða meirihluta áfrýjunarnefndarinnar.

7. Gagnstefnandi byggir á því að niðurstaða meirihluta áfrýjunarnefndarinnar samræmist ekki því að samkeppnislög gilda um viðskipti með búvörur nema annað sé tekið fram í sérlögum. Allt frá setningu laga nr. 46/1985, sbr. nú lög nr. 99/1993, hafi verið miðað við að samkeppnisreglur gildi um viðskipti með búvörur nema annað sé skýrt tekið fram í lögnum. Í þeim tilvikum þar sem verð á búvöru sé ákveðið á grundvelli laganna sé verðlagsnefnd búvara, þar sem fulltrúar neytenda hafa átt sæti, falið að gæta almannahagsmuna. Í þeim tilvikum þar sem verðlagningin sé frjáls sé samkeppnisreglum hins vegar ætlað að tryggja almannahagsmunum. Í athugasemdum með frumvarpi því sem hafi orðið að lögum nr. 46/1985 segi að með þessu sé „verðákvörðun allra búvara búinn staður í lögum á þann veg, að taka megi tillit til mismunandi aðstæðna við verslun með þær.“

Í ákvörðun gagnstefnanda sé bent á að á rannsóknartímabilinu hafi verðlagning aðalstefnanda á þeirri hrámjólk sem hann seldi tengdum og ótengdum aðilum verið frjáls. Í niðurstöðu meirihluta áfrýjunarnefndarinnar sé ekki gætt að því að í slíkum tilvikum banni 11. gr. samkeppnislaga markaðsráðandi afurðastöð að misnota stöðu sína í viðskiptum með hina „frjálsu“ búvöru.

8. Gagnstefnandi byggir á því að niðurstaða meirihluta áfrýjunarnefndarinnar samræmist ekki því að 71. gr. laga nr. 99/1993 feli aðeins í sér takmarkaðar undanþágur frá 10. gr. samkeppnislaga. Meirihluti áfrýjunarnefndarinnar horfi fram hjá því að 10. gr. samkeppnislaga bannar hvers konar verðsamráð og markaðsskiptingu milli keppinauta, sbr. meðal annars dóm Hæstaréttar í máli nr. 360/2015. Í 71. gr. laga nr. 99/1993 sé afurðastöðvum hins vegar aðeins veitt heimild til þess samráðs sem þar er sérstaklega tilgreint. Með öðrum orðum gildi undanþágan aðeins um „þær aðgerðir sem þar koma fram“, sbr. athugasemdir með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 85/2004. Samkvæmt þessu eigi undanþágan í 71. gr. aðeins við ef samráð afurðastöðva tekur til þeirrar verkaskiptingar og samstarfs sem þar er tilgreint.

Eins og orðalag 71. gr. ber með sér heimili ákvæðið ekki samráð um verð, skiptingu/jöfnun framlegðar eða afkomu af sölu mjólkurafurða. Eðli málsins samkvæmt feli slíkt verðsamráð heldur ekki í sér verkaskiptingu eða aðgerðir til að halda niðri kostnaði við framleiðslu mjólkurvara.

Ákveðin tegund verðsamráðs sé þó heimil samkvæmt 3. mgr. 13. gr. laga nr. 99/1993. Þannig geti afurðastöðvar samið um verðtilfærslu milli nánar tiltekinna afurða í því skyni að styðja við samvinnu samkvæmt 71. gr. laganna enda við það miðað að þeim afurðastöðvum sem semji um verkaskiptingu sé „jafnframt heimilt“ að beita verðtilfærslu til þess að „jafna framlegð mismunandi framleiðslutegunda“.

Sú túlkun að 71. gr. feli í sér ólögfasta heimild til tiltekins samráðs keppinauta (framlegðarjöfnunar) sé í ósamræmi við hvor tveggja lög nr. 99/1993 og samkeppnislög.

9. Í niðurstöðu meirihluta áfrýjunarnefndarinnar komi fram að 3. mgr. 13. gr. laga nr. 99/1993 varði atvik málsins og niðurstöðu án þess að það sé rökstutt nánar. Gagnstefnandi byggir á því að þetta sé verulegur annmarki á úrskurðinum. Í rökstuðningi fyrir niðurstöðu meirihlutans sé eingöngu tekið fram að áskilnaður 3. mgr. 13. gr. um að afurðastöðvar skuli leggja samninga um verðtilfærslu fyrir verðlagsnefnd til upplýsingar feli „hvorki í sér skilyrði fyrir beitingu 13. gr. né 71. gr. laganna“. Af úrskurðinum verði hins vegar ekki ráðið með hvaða hætti meirihlutinn telji ákvæðið varða atvik málsins. Hvað sem því líður byggir gagnstefnandi á því að niðurstaða meirihlutans um skýringu ákvæðisins eigi ekki við rök að styðjast. Það verðsamráð sem heimilað sé í 3. mgr. 13. gr. sé afar viðkvæmt samkeppnislega (eins og allt verðsamráð keppinauta og ekki síst þegar markaðsráðandi fyrirtæki á aðild að því) og geti raskað hagsmunum viðskiptavina og almennings. Sökum þessa hafi fram til gildistöku laga nr. 85/2004 verið mælt fyrir um beint eftirlit með efni slíkra samninga, sem hafi meðal annars falist í því

að þeir skyldu hljóta staðfestingu verðlagsnefndar búvara.

Með lögum nr. 85/2004 hafi þessu fyrirkomulagi verið breytt og mælt fyrir um skyldu til að leggja samninga um verðtilfærslu fyrir verðlagsnefnd búvara til upplýsingar. Þetta hafi verið liður í að „færa ábyrgð og endanlega ákvörðunartöku um verðlagningu mjólkurafurða sem ekki falla undir verðlagsnefnd til afurðastöðva“. Þetta þýðir hins vegar ekki að skyldan til að upplýsa verðlagsnefnd sé í raun þýðingarlaust formsatriði, eins og meirihluti áfrýjunarnefndar leggi til grundvallar. Lögskýringargögn sýni að upplýsingaskyldan sé mikilvægur liður í eftirliti þó það sé með breyttu sniði. Í álit meirihluta landbúnaðarnefndar hafi verið fallist á að frumvarpið yrði samþykkt óbreytt, meðal annars „með hliðsjón af skipun verðlagsnefndar og því eftirlitshlutverki sem henni er ætlað samkvæmt lögum, að séð sé fyrir því að hagsmunir bænda, framleiðenda, neytenda og stjórnvalda verði tryggðir á hverjum tíma“.

Samkvæmt þessu sé mjög brýnt að afurðastöðvar virði þá lagaskyldu að leggja samninga um verðtilfærslu fyrir verðlagsnefnd búvara til upplýsingar. Telji verðlagsnefndin að slíkir samningar fari gegn almannahagsmunum geti hún beitt verðákvörðunarvaldi sínu eða eftir atvikum vakið athygli gagnstefnanda á því að afurðastöð kunni að misnota markaðsráðandi stöðu sína með tiltekinni útfærslu á verðtilfærslu. Hvorki aðalstefnandi né KS hafi upplýst verðlagsnefnd búvara um verkaskiptasamkomulagið eða þá framlegðarjöfnun sem hafi farið fram á grundvelli þess enda hafi aðalstefnandi ítrekað lýst því yfir að hann teldi 3. mgr. 13. gr. laga nr. 99/1993 ekki eiga við í málinu.

10. Gagnstefnandi byggir á því að 11. gr. samkeppnislaga gildi um aðgerðir markaðsráðandi fyrirtækis nema í lögum sé mælt fyrir um skyldu þess til að grípa til þeirra aðgerða sem um ræði, sbr. til hliðsjónar dóm dómstóls ESB 14. október 2010 í máli nr. C-280/08 (81. mgr.). Samkvæmt því gildi 11. gr. samkeppnislaga um þær aðgerðir markaðsráðandi fyrirtækis sem koma í veg fyrir, takmarka eða raska samkeppni þegar í lögum sé aðeins mælt fyrir um heimild en ekki skyldu fyrirtækisins til að grípa til slíkra aðgerða, sbr. dóm EFTA-dómstólsins 22. september 2016 í máli nr. E-29/15 (86. mgr.). Samkvæmt því sé fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu áfram bundið af 11. gr. samkeppnislaga þótt lög hvetji það til eða geri því auðveldara að misnota slíka stöðu sína enda ráði það þá sjálf því hvort það verður við slíkri hvatningu eða nýtir sér slíka heimild, sbr. áður nefndan dóm dómstóls ESB (82. mgr. o.áfr.).

Ákvæði 71. gr. laga nr. 99/1993 hafi ekki falið í sér skyldu aðalstefnda til að mismuna keppinautum sínum við verðlagningu á hrá mjólk. Í þessu sambandi verði að hafa í huga að aðalstefnandi hafi getað hagað fyrirkomulagi samstarfsins við

Kaupfélag Skagfirðinga svf. þannig að það samræmdist 11. gr. samkeppnislaga enda hafi hann breytt því eftir að gagnstefnandi hóf rannsókn á málinu. Með vísan til þessa byggir gagnstefnandi á því að aðalstefnanda hafi ekki verið skylt að grípa til aðgerðanna eða þær verið óhjákvæmilegar vegna samstarfs félaganna.

11. Í niðurstöðu meirihluta áfrýjunarnefndarinnar sé lagt til grundvallar að aðalstefnanda og Kaupfélagi Skagfirðinga svf. hafi verið heimilt að jafna framlegð sína, meðal annars með verðtilfærslu, árlegri endurskoðun á ákvæðum um sölubóknun og sölu hrámjólkur á lágmarksverði. Að mati áfrýjunarnefndarinnar hafi gagnstefnanda ekki tekist að sýna fram á „nein þau atriði við forsendur eða framkvæmd umrædds framlegðar- og verkaskiptisamkomulags frá 2008 eða síðari samninga sem geti orðið grundvöllur sektarákvörðunar í málinu“. Gagnstefnandi byggir á því að þessi staðhæfing meirihluta áfrýjunarnefndarinnar sé órökstudd og að þetta sé verulegur annmarki á úrskurðinum.

12. Gagnstefnandi byggir á því að meirihluti áfrýjunarnefndarinnar hafi ekki reist niðurstöðu sína á réttum ályktunum af þeim gögnum og upplýsingum sem aflað var við meðferð málsins og hafi því ekki byggt niðurstöðu sína á réttum málsatvikum. Í niðurstöðu meirihlutans sé í fyrsta lagi horft fram hjá upplýsingum og gögnum sem gagnstefnandi hafi aflað, í öðru lagi séu lagðar til grundvallar staðhæfingar aðalstefnanda og starfsmanna hans sem samræmist ekki áður nefndum upplýsingum og gögnum og í þriðja lagi sé beitt sönnunarreglum í ósamræmi við hefðbundin viðmið í samkeppnisrétti. Gagnstefnandi byggir á því að meirihlutinn hafi ekki rökstutt hvers vegna hann hafi ekki litið til niðurstaðna gagnstefnanda af þeirri rannsókn sem fór fram í samræmi við fyrirmæli í fyrri úrskurði áfrýjunarnefndarinnar.

13. Gagnstefnandi byggir á því að aðalstefnanda hafi ekki verið heimilt að selja hrámjólk á hinu lága verði til Mjólklu II enda hafði hann aldrei samið um verkaskiptingu við félagið á grundvelli 71. gr. laga nr. 99/1993. Gagnstefnandi byggir á því að hvað sem öðru líði verði ákvæðið ekki skýrt rýmra en svo að öll jöfnun á framlegð sé bundin við það að afurðastöðvar hafi sannanlega gert með sér samkomulag um verkaskiptingu á grundvelli 71. gr. laganna. Enginn slíkur samningur hafi verið á milli stefnda og Mjólklu II. Gagnstefnandi byggir á því að þetta sé verulegur annmarki á úrskurðinum.

14. Gagnstefnandi byggir á því að í niðurstöðu meirihluta áfrýjunarnefndarinnar sé eingöngu fjallað um hluta þeirra aðgerða sem gagnstefnandi taldi að fælu í sér

brot aðalstefnanda. Meirihlutinn hafi talið að aðalstefnanda hefði verið heimilt að selja tengdum aðilum hrámjólk á lægra verði en hann seldi ótengdum aðilum slíka mjólk. Hins vegar sé ekkert fjallað um þá mismunun sem hafi falist í því að hann krafði aðila ótengda sér um mun hærra verð fyrir hrámjólk en hans eigin framleiðsludeild greiddi fyrir slíka mjólk.

15. Verði fallist á ógildingarkröfu gagnstefnanda verði úrskurður áfrýjunarnefndarinnar aðeins ógildur að því leyti sem þar sé felldur úr gildi sá hluti ákvörðunar gagnstefnanda að aðalstefnandi skuli greiða 440.000.000 kr. stjórnvaldssekt í ríkissjóð vegna brots á 11. gr. samkeppnislaga. Með því sé hins vegar ekki tekin bein afstaða til þeirrar sektar sem aðalstefnanda beri að greiða vegna brotsins. Gagnstefnandi geri því sérstaka kröfu um að aðalstefnanda verði gert að greiða sekt í ríkissjóð.

Krafa gagnstefnanda um að aðalstefnanda verði gert að greiða 440.000.000 kr. sekt í ríkissjóð sé reist á því að aðalstefnandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með þeim aðgerðum sem gerð sé grein fyrir í ákvörðun gagnstefnanda og að fjárhæðin sé hófleg sekt þegar litið sé til eðlis og umfangs brotsins. Gagnstefnandi byggir á því að brotið sé alvarlegt og að það hafi staðið yfir í langan tíma, þ.e. á tímabilinu frá 2008 til 2013. Aðgerðir aðalstefnanda hafi tengst umfangsmiklum viðskiptum með grundvallarhráefni til vinnslu mikilvægrar neysluvöru. Aðgerðirnar hafi verið til þess fallnar að skaða samkeppni og neytendur með alvarlegum hætti. Þær séu alvarlegar.

Gagnstefnandi byggir á því að um ítrekað brot sé að ræða, en með úrskurði áfrýjunarnefndarinnar 14. desember 2006 í máli nr. 8/2006 hafi verið staðfest að Osta- og smjörösalan sf., fyrirrennari aðalstefnanda, hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með því að beita Mjólku I verðmismunun. Gagnstefnandi byggir á því að sektir sem lagðar séu á samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga verði að fullnægja því markmiði að hafa varnaðaráhrif og stuðla að framkvæmd samkeppnislaga. Til að tryggja fullnægjandi varnaðaráhrif sekta sé nauðsynlegt að þær taki mið af styrkleika hins brotlega fyrirtækis. Í því sambandi komi til skoðunar heildarvelta viðkomandi fyrirtækis á síðasta reikningsári áður en sekt sé lögð á það. Samkvæmt samstæðureikningi Auðhumlu svf. fyrir árið 2015 hafi heildarvelta félagsins verið u.þ.b. 26,7 ma. kr. Velta af starfsemi Auðhumlu svf. hafi verið óveruleg og því í reynd um að ræða heildarveltu aðalstefnanda umrætt ár. Gagnstefnandi byggir á því að 440.000.000 kr. sekt sé hófleg, eða um 1,6% af veltunni á árinu 2015. Sektin sé því vel innan leyfilegs 10% sektarhámarks 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga, en það eigi að tryggja að sektir sem lagðar séu á fyrirtæki séu ekki óhóflega háar.

Málsástæður og lagarök aðalstefnanda í gagnsök

1. Aðalstefnandi hafnar því að úrskurður áfrýjunarnefndarinnar sé haldinn annmarka. Hann sé hvorki haldinn form- né efnisannmörkum og því standi engin rök til þess að ógilda hann.

2. Aðalstefnandi byggir á því að verðlagning hans á hrámjólk til KS og Mjólklu II hafi verið hluti af samstarfi þessara aðila á grundvelli 71. gr. búvörulaga. Byggt sé á því að í 71. gr. laganna sé skýr og ótvíræð undanþága frá ákvæðum samkeppnislaga fyrir afurðastöðvar í mjólkuriðnaði til að sameinast, gera með sér samkomulag um verkaskiptingu milli mjólkursamlaga að því er varðar framleiðslu einstakra mjólkurvara og hafa með sér annars konar samstarf til þess að halda niðri kostnaði við framleiðslu, geymslu og dreifingu mjólkurafurða. Kjósi afurðastöðvar að gera með sér slíkt samkomulag og hafa með sér slíkt samstarf séu því allir þættir viðkomandi samkomulags og samstarfs undanþegnir ákvæðum samkeppnislaga.

Kjarni málsins sé að löggjafinn hafi kosið að láta sérstök ákvæði gilda um samstarf í mjólkuriðnaði og tekið af skarið um að almenn ákvæði samkeppnislaga eigi ekki við. Aðalstefnandi hafi kosið að nýta sér þessa heimild og ágreiningur aðila snúi að því hvort það samstarf sem um ræðir hafi gengið lengra eða verið annars eðlis en lögin heimila.

Samkvæmt framlegðar- og verkaskiptasamkomulagi aðalstefnanda við KS, dags. 15. júlí 2008, sem og þeim gögnum málsins sem framkvæmd þess tengjast, hafi miðlun aðalstefnanda á hrámjólk til KS og Mjólklu II á lægra verði en til annarra verið liður í að bæta tapaða framlegð vegna slíks samkomulags og samstarfs. Það liggi í hlutarins eðli að til þess að unnt sé að gera slíkt samkomulag eða viðhafa slíkt samstarf þurfi að tryggja að framlegð aðila þess breytist ekki eftir því hvaða vörur þeir taki að sér að framleiða á grundvelli þess samkomulags og samstarfs sem talið sé hagkvæmast og best til þess fallið að ná þeim markmiðum sem tilgreind séu í 71. gr. búvörulaga. Væri það ekki gert væri ekki hægt að koma á slíku samkomulagi með hámarkshagkvæmni að leiðarljósi þar sem aðilar þyrftu þá samhliða að taka mið af eigin framlegð og markmið 71. gr. búvörulaga myndu þar með ekki ná fram að ganga.

Áréttað sé að vegna þess fyrirkomulags sem gildi um verðlagningu sé sú framlegð sem tiltekna mjólkurvörur hafi ekki á valdi afurðastöðva heldur verðlagsnefndar búvara og hafi þær á grundvelli ákvarðana hennar mjög ólíka framlegð. Sú staðreynd hafi það í för með sér að ef afurðastöðvar gera með sér samkomulag um verkaskiptingu að því er framleiðslu einstakra mjólkurvara varðar eða hafa með sér annars konar samstarf á grundvelli 71. gr. búvörulaga sé nauðsynlegt að gera ráðstafanir til að jafna framlegð þeirra á milli samhliða. Ella

mundi markmið ákvæðis 71. gr. ekki ná fram að ganga þar sem þær afurðastöðvar sem gengjust undir slíkt samkomulag eða tækju þátt í annars konar samstarfi þyrftu þá samhliða að taka mið af framlegð þeirra vara sem þeim væri ætlað að framleiða. Að mati aðalstefnanda skipti ekki máli fyrir samkeppnisstöðu annarra afurðastöðva hvort sú nauðsynlega jöfnun eigi sér stað við verðlagningu hrámjólkur í innbyrðis viðskiptum aðila að samkomulagi um verkaskiptingu á grundvelli 71. gr. búvörulaga eða með öðrum hætti. Eðlilegt sé að hún eigi sér stað með þeim hætti sem talið sé hagkvæmast hverju sinni, en lögin setji ekki skorður í þeim efnum.

Aðalstefnandi kveður að farið hafi verið yfir framlegð aðila reglulega og fylgst með þróun hennar. Öll gögn málsins um framkvæmd framlegðar- og verkaskiptasamkomulagsins og fyrirliggjandi samskipti aðila þar að lútandi beri ótvírætt vott um að aðilar hafi leitast við að tryggja að framlegð þeirra af vinnslu mjólkur væri sambærileg líkt og að hafi verið stefnt. Ekkert í málinu styðji staðhæfingar gagnstefnanda um að miðlun aðalstefnanda á hrámjólk til KS og Mjólk II hafi verið í öðru skyni eða haft í för með sér röskun á samkeppni enda aðrir kaupendur hrámjólkur ekki bundnir af því að framleiða tilteknar vörur.

Aðalstefnandi telji að vilji löggjafans sé til að undanþiggja samstarf af framangreindum toga gildissviði samkeppnislaga án frekari afmörkunar á einstökum þáttum slíks samstarfs eða þeim ákvæðum samkeppnislaga sem undanþágan taki til. Sá þáttur slíks samstarfs sem lúti að því að aðilar jafni framlegð sín á milli í tilefni af verkaskiptingu að því er framleiðslu einstakra mjólkurafurða varðar falli því einnig þar undir. Þannig telji aðalstefnandi ljóst að ef ákvæði 71. gr. búvörulaga sé virt með hliðsjón af lögskýringargögnum og þeim tilgangi sem því sé ætlað að þjóna rúmist samstarf hans við KS og Mjólk II að öllu leyti innan þess. Þá skipti ekki máli þótt slíkt samstarf hafi mögulega þau áhrif að aðrir greiði hærra verð fyrir vöruna en sú afurðastöð sem á í viðkomandi samstarfi. Slíkt feli ekki í sér verðmismunun í neinum skilningi, enda sé aðeins um að ræða útfærslu á því hvernig framlegð sé jöfnuð.

Með hinum umþrætta úrskurði hafi áfrýjunarnefnd samkeppnismála komist að þeirri niðurstöðu að framlegðar- og verkaskiptasamkomulag aðalstefnanda og KS frá 15. júlí 2008, með síðari breytingum, hafi rúmast að fullu innan heimildar 71. gr. búvörulaga. Þannig hafi nefndin komist að þeirri niðurstöðu að „einhvers konar réttlát jöfnun á framlegð á milli þeirra fyrirtækja sem gera með sér verkaskiptingu til að halda niðri kostnaði [væri] rökrétt aðferð til að auðvelda samninga um verkaskiptingu og ná þannig þeim markmiðum sem 71. gr. búvörulaga er reist á“. Niðurstaða nefndarinnar hafi því verið sú að gagnstefnandi hefði ekki sýnt fram á nein þau atriði við forsendur eða framkvæmd umrædds framlegðar- og verkaskiptasamkomulags eða síðari samninga sem gæti orðið

grundvöllur sektarákvörðunar í málinu.

Aðalstefnandi byggir á því að niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar að þessu leyti sé reist á réttri skýringu á ákvæðum búvörulaga og réttu mati á þeim gögnum og upplýsingum sem aflað hafi verið við meðferð málsins og þar með réttum málsatvikum. Engin lagaskilyrði séu því fyrir hendi til að ógilda umræddan hluta úrskurðarins, enda engir annmarkar á honum.

Þá tekur aðalstefnandi fram að þótt samkomulagið falli ekki með beinum hætti undir 3. mgr. (nú 4. mgr.) 13. gr. búvörulaga hafi samkomulag um framlegðarjöfnun sama markmið og sambærileg áhrif og samningur um verðtilfærslu. Eigi því sömu sjónarmið við um samninga, hvort sem þeir séu gerðir eftir 71. gr. eða 13. gr. laganna.

3. Aðalstefnandi heldur því fram að aðgerðir hans hafi ekki falið í sér brot gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Í fyrsta lagi beri að ógilda úrskurðinn þegar af þeirri ástæðu og hefja rannsókn málsins á nýjan leik. Aðalstefnandi telji að 11. gr. samkeppnislaga, og ætlað brot á henni, geti ekki komið til úrlausnar dómstóla þar sem áfrýjunarnefndin hafi ekki fjallað um þessi atriði í úrskurði sínum. Verði hér að hafa í huga að í málinu sé einungis krafist ógildingar á úrskurði áfrýjunarnefndarinnar, en ekki t.d. staðfestingar á ákvörðun gagnstefnanda. Úrskurður áfrýjunarnefndar sé því eina stjórnvaldsákvörðunin sem sæti endurskoðun í máli þessu. Það væri bersýnilega í andstöðu við endurskoðunarvald dómstóla og þriggreiningu ríkisvaldsins ef dómstólar tækju afstöðu til atriða sem komu ekki til skoðunar hjá hinu æðra setta stjórnvaldi.

Í öðru lagi hafi aðalstefnandi frá upphafi byggt á því að jafnvel þó svo að ráðstafanir til jöfnunar á framlegð yrðu ekki taldar rúmast innan heimildar 71. gr. búvörulaga hafi umrædd verðlagning hans ekki falið í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga þar sem skilyrði ólögætrar verðmismununar séu ekki uppfyllt, sbr. c-lið 2. mgr. umrædds ákvæðis. Þannig hafi viðskiptin hvorki verið sambærileg né viðskiptavinum verið mismunað með ólíkum skilmálum. Þá gefi gögn málsins engar vísbendingar um að samkeppnisstaða Mjólku I eða Mjólkurbúsins hafi verið veikt vegna viðskipta þeirra við aðalstefnanda.

4. Aðalstefnandi hafnar því að búvörulögin hafi ekki að geyma heimild fyrir aðgerðum hans. Ef um sé að ræða samkomulag um verkaskiptingu milli mjólkursamlaga að því er varði framleiðslu einstakra mjólkurvara eða annars konar samstarf til þess að halda niðri kostnaði við framleiðslu, geymslu og dreifingu mjólkurafurða falli slíkt samkomulag eða samstarf því í heild utan gildissviðs

samkeppnislaga samkvæmt skýru ákvæði 71. gr. búvörulaga, óháð því undir hvaða ákvæði samkeppnislaga einstakir þættir slíks samkomulags eða samstarfs hefðu hugsanlega fallið ella. Óumdeilt sé að samkomulag og samstarf aðalstefnanda við KS og Mjólk II hafi verið slíkt samkomulag og samstarf og því falli allir þættir þess undir heimild 71. gr. búvörulaga.

Aðalstefnandi hafnar því að forsaga 71. gr. búvörulaga styðji ekki niðurstöðu meirihluta áfrýjunarnefndar og hann telji umfjöllun gagnstefnanda um þróun búvörulaga villandi. Þá sé ítrekað að sömu og sambærileg sjónarmið eigi við um samkomulag sem falli undir 71. gr. og samkomulag um verðtilfærslu samkvæmt 3. mgr. (nú 4. mgr.) 13. gr. Lögskýringargögnin séu afdráttarlaus um að samráð, samruni og verðtilfærsla í mjólkuriðnaði sé undanskilin gildissviði samkeppnislaga.

Aðalstefnandi telji niðurstöðu áfrýjunarnefndarinnar fráleitt þá að markaðsráðandi afurðastöð geti með verðlagningu sinni á grundvallarhráefni takmarkað eða gert möguleika sjálfstæðra afurðastöðva til að starfa og veita samkeppnislegt aðhald að engu. Niðurstaða nefndarinnar hafi þvert á móti verið sú að sú verðlagning sem mál þetta snýst um hafi ekki falið í sér mismunun þar sem hún hafi verið liður í að jafna framlegð á milli aðila samkomulags og samstarfs á grundvelli 71. gr. búvörulaga.

Aðalstefnandi hafnar því að niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar samræmist ekki því að samkeppnislög gildi um viðskipti með búvörur, nema annað sé tekið fram í sérlögum. Aðalstefnandi áréttar að verðlagning hans á hrámjólk sem ekki hafi verið liður í að jafna framlegð á grundvelli fyrrgreinds samkomulags og samstarfs hafi tekið mið af ákvörðun verðlagsnefndar búvara um verð á mjólk í lausu máli.

Þá áréttar aðalstefnandi að ákvæði 71. gr. búvörulaga heimili tiltekið samkomulag og samstarf þrátt fyrir ákvæði samkeppnislaga. Ekkert í niðurstöðu áfrýjunarnefndarinnar gangi gegn því að samkeppnislög gildi um viðskipti með búvörur þar sem sérákvæðum búvörulaga sleppi.

Aðalstefnandi hafnar því að rökstuðningur áfrýjunarnefndarinnar sé óljós um 3. mgr. (nú 4. mgr.) 13. gr. búvörulaganna. Þótt gert sé ráð fyrir því í ákvæðinu að samningar um verðtilfærslu séu lagðir fyrir verðlagsnefnd „til upplýsingar“ sé ekki gert ráð fyrir því að gildi sammingsins sé háð því skilyrði eða að nefndin þurfi að samþykka efni hans. Slíkt hafi verið gert að skilyrði áður en lög nr. 85/2004 tóku gildi, en ljóst sé að það hafi verið eindreginn vilji löggjafans með frumvarpinu sem síðar varð að þeim lögum að draga úr aðkomu verðlagsnefndar að þessu leyti.

5. Aðalstefnandi hafnar því að aðgerðir hans væru andstæðar 11 gr. samkeppnislaganna þótt búvörulögin yrðu talin hafa veitt honum heimild til þeirra.

Hann áréttar að það liggi í hlutarins eðli að engu skipti fyrir samkeppnisstöðu keppinauta hans, KS og Mjólku II, hvort framlegð sé jöfnuð með miðlun tiltekins magns af hrámjólki á innvigtunarverði eða með öðrum hætti og eðlilegt að sú leið sem sé hagkvæmest sé valin í því skyni.

6. Aðalstefnandi hafnar því sjónarmiði gagnstefnanda að sú niðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnismála að gagnstefnanda hafi ekki tekist að sýna fram á „nein þau atriði við forsendur eða framkvæmd umrædds framlegðar- og verkaskiptasamkomulags frá 2008 eða síðari samninga sem geti orðið grundvöllur sektarákvörðunar í málinu“ sé ekki rökstudd með fullnægjandi hætti. Þvert á móti hafi niðurstaða gagnstefnanda að þessu leyti í ákvörðun hans nr. 19/2016 verið byggð á forsendum sem ekki stóðust skoðun líkt og ítarlega hafi verið rakið við meðferð málsins á stjórnarsýslustigi. Aðalstefnandi áréttar að KS hafi sannanlega tekið að sér framleiðslu á vörum sem beri lægri framlegð en þær vörur sem aðalstefnandi hafi tekið að sér að framleiða. Þá hafi verkaskiptingin sannanlega gengið eftir og forsendur samkomulagsins ekki brostið. Þá hafi samkomulagið ekki leitt til þess að framlegð KS yrði hærri en framlegð aðalstefnanda. Þá sé vísað til skýrslu KPMG dags. 22. ágúst 2016 til stuðnings niðurstöðunni. Skýrslan sé í fullu samræmi við þau samtímagögn sem aðalstefnandi hafi lagt fram í málinu.

7. Aðalstefnandi byggir á því að áfrýjunarnefndin hafi reist niðurstöðu sína á réttum ályktunum af þeim gögnum og upplýsingum sem aflað hafi verið við meðferð málsins og þar með byggt niðurstöðu sína á réttum málsatvikum.

Samtímagögn hafi verið lögð fram, en gagnstefnandi hafi við rannsókn sína litið fram hjá stærstum hluta þeirra samtímagagna sem aðalstefnandi hafi lagt fram og dregið af öðrum gögnum ályktanir sem byggðar hafi verið á röngum forsendum.

Aðalstefnandi áréttar að öll gögn málsins beri vott um að framlegðar- og verkaskiptasamkomulag aðalstefnanda og KS og öll framkvæmd þess hafi miðað að því að aðilar þess hefðu sem jafnasta framlegð í vinnslu mjólkur.

Þá mótmælir aðalstefnandi sérstaklega þeirri fullyrðingu að sala aðalstefnanda á hrámjólki til KS á innvigtunarverði „hafi haft þann tilgang að veita KS aukinn slagkraft til þess að keppa við minni keppinauta á markaði sem sérhæfðu sig í framleiðslu á framlegðarháum vörum á markaði og þá sér í lagi Mjólku I“. Þessi fullyrðing sé úr lausu lofti gripin og eigi sér enga stoð í gögnum málsins. Hið sama gildi um þá staðhæfingu gagnstefnanda að eftir að Mjólka var keypt af KS hafi aðalstefnandi og KS hafið „að skipuleggja verðhækkun á framlegðarháum vörum, þ.e. á vörum sem voru ekki verðlagðar af verðlagsnefnd búvara“. Ekkert sé í gögnum málsins sem styðji slíkt.

8. Aðalstefnandi hafnar því að niðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnismála sé að verulegu leyti byggð á einhliða staðhæfingum hans og byggir á því að niðurstaða nefndarinnar sé í fullu samræmi við fyrirliggjandi samtímagögn. Þau gögn sem hann lagði fram fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála séu í fullu samræmi við þau samtímagögn sem hann hafi látið gagnstefnanda í té við rannsókn málsins og séu þeim ýmist til frekari skýringar eða stuðnings.

Sönnunarbyrðin um það að fjárhagslegar forsendur framlegðarjöfnunarinnar hafi ekki staðist hvíli eðli málsins samkvæmt á gagnstefnanda, sbr. og 10. gr. stjórnarsýslulaga. Rannsókn málsins hafi þó fyrst og fremst snúist um að draga eigin ályktanir af fyrirliggjandi gögnum og freista þess að bera brigður á skýringar aðalstefnanda. Aðalstefnandi telji því að gagnstefnandi hafi á engan hátt axlað sönnunarbyrði sína fyrir þessu atriði.

9. Aðalstefnandi hafnar því að rökstuðningur áfrýjunarnefndarinnar um aðild Mjólku II að framleiðslusamstarfi aðalstefnanda og KS sé ófullnægjandi og úrskurður nefndarinnar haldinn annmörkum af þeim sökum.

Aðild Mjólku II að framleiðslustarfinu sé byggð á munnlegum samningi líkt og Mjólka II hafi staðfest með bréfi dags. 12. febrúar 2015. Þá beri það skýran vott um aðild Mjólku II að umræddu samstarfi að framleiðsla Mjólku II var að stærstum hluta flutt til annars vegar KS og hins vegar aðalstefnanda.

10 Gagnstefnandi byggir á því að það sé verulegur annmarki á úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála að í niðurstöðu hennar sé „ekkert fjallað um þá mismunun sem fólst í því að [aðalstefnandi] krafði aðila ótengda sér um mun hærra verð fyrir hrámjólk en hans eigin framleiðsludeild greiddi fyrir slíka mjólk“. Þessu hafni aðalstefnandi og bendi á að verðlagning aðalstefnanda á hrámjólk til hans eigin framleiðsludeildar hafi ekki á nokkru stigi verið hluti af rannsókn gagnstefnanda enda engri slíkri verðlagningu fyrir að fara.

11. Varðandi sýknukröfu um greiðslu sektar tekur aðalstefnandi fram að hann hafi hafnað því að hafa gerst brotlegur við 11. gr. samkeppnislaga enda hafi það samstarf sem málið snúist um rúmast innan þeirra heimilda sem 71. gr. búvörulaga veiti afurðastöðum í mjólkuriðnaði. Þegar af þeirri ástæðu sé ljóst að ekki séu forsendur fyrir álagningu sektar og því beri að sýkna aðalstefnanda af umræddri kröfu.

Krafan um niðurfellingu eða lækkun sektar byggist á því að aðalstefnandi hafi ávallt talið alla starfsemi sína, þar með talið framlegðar- og

verkaskiptasamkomulagið og samstarf hans við KS og Mjólku II, vera í samræmi við samkeppnislög, enda hafi umræddur samningur verið gerður á grundvelli 71. gr. búvörulaga. Verði komist að gagnstæðri niðurstöðu í máli þessu telji aðalstefnandi ljóst að ætlað brot hans á samkeppnislögum stafi eingöngu af skilningi hans á 71. gr. búvörulaga, sem fram til þessa hafi hvorki reynt á fyrir samkeppnisyfirvöldum, öðrum stjórnvöldum né dómstólum. Sú staðreynd að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi komist að algerlega öndverðri niðurstöðu við gagnstefnanda að því leyti sýni í öllu falli að ætlað brot aðalstefnanda geti ekki talist jafn vítavert og gagnstefnandi byggir á. Álagning hárrar sektar á aðalstefnanda, líkt og gagnstefnandi krefjist, geti við þessar aðstæður ekki samrýmst markmiði sekta á grundvelli samkeppnislaga og vegi að réttaröryggi fyrirtækja.

Þá verði ekki litið fram hjá því að aðalstefnandi hafi í allri starfsemi sinni lagt mikla áherslu á að haga henni til samræmis við ákvæði samkeppnislaga. Sé viðleitni hans til að eiga í samstarfi við gagnstefnanda, veita upplýsingar um starfsemina og leita eftir leiðsögn um skyldur félagsins samkvæmt samkeppnislögum, langt umfram skyldu, til marks um viðhorf aðalstefnanda til samkeppnislaga.

12. Verði af einhverjum ástæðum talið rétt að leggja sekt á aðalstefnanda sé þess krafist að sektin verði lækkuð verulega. Styðjist lækkunarkrafan við allar sömu málsástæður og krafa hans um niðurfellingu sektar og vísist til þeirra.

Aðalstefnandi telji röksemdir gagnstefnanda fyrir álagningu sektar ekki standast. Þannig sé sjónarmiðum gagnstefnanda á umfangi hinna ætluðu brota í fyrsta lagi mótmælt. Í því sambandi sé bent á að þau viðskipti sem aðalstefnandi hafi átt við KS og Mjólku II með hrámjólk, á grundvelli 71. gr. búvörulaga, séu allt annars eðlis og ekki hæf til samanburðar við viðskipti aðalstefnanda við ótengda aðila með hrámjólk. Þá megi ljóst vera að sala aðalstefnanda á hrámjólk til ótengdra aðila hafi í raun einungis haft áhrif á afar takmarkaðan hluta mjólkurmarkaðar, þar sem umrædd hrámjólk hafi að meginstefnu verið notuð til framleiðslu á mygluostum. Því sé mótmælt að raunveruleg áhrif ætlaðra brota stefnda hafi haft víðtækari áhrif.

Aðalstefnandi mótmælir því að hin ætlaða brotlega háttsemi hafi staðið yfir í langan tíma, þ.e. á tímabilinu 2008–2013. Hið rétta sé að Mjólk I keypti hrámjólk af aðalstefnanda frá mars 2008 til júlí 2009 (í eitt ár og þrjá mánuði) og Mjólkurbúið keypti hrámjólk af aðalstefnanda frá árslokum 2010 til ársloka 2013 (í þrjú ár). Þannig hafi verið um að ræða tvö aðskilin tímabil með um eins og hálfis árs millibili. Gera verði skýran greinarmun á þessum tveimur tímabilum, enda hafi aðstæður verið ólíkar í hvoru tilviki fyrir sig. Gagnstefnandi hafi ekki gert reka að

því að rökstyðja hvers vegna hin ætlaðu brot séu talin hafa varað samfellt öll árin, en fyrir því beri hann sönnunarbyrði.

Aðalstefnandi hafnar því að ætluð brot hans séu ítrekuð, svo sem gagnstefnandi heldur fram með því að vísa til þess að Osta- og smjörsalan sf. („OSS“) hafi áður brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga, með því að beita Mjólku I verðmismunun, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2006. Þarna sé að mati aðalstefnanda um að ræða verulega einföldun og byggja aðalstefnandi á því að grundvallarmunur sé á þessum tveimur málum. Í hinu fyrra máli hafi verið um að ræða sölu á undanrennudufti til tveggja aðila á misháu verði fyrir mistök, en í því máli sem hér sé til umfjöllunar hafi verið um að ræða verðlagningu sem var liður í að jafna framlegð í samstarfi á grundvelli 71. gr. búvörulaga. Þar sem OSS hafi ekki verið afurðastöð í skilningi búvörulaga hafi undanþáguheimildir 71. gr. búvörulaga ekki átt við um starfsemi þess félags. Þær réttarheimildir sem komi til skoðunar í hvoru máli fyrir sig séu ólíkar í grundvallaratriðum og geti úrskurður í máli OSS því ekki leitt til ítrekunaráhrifa í máli þessu.

Með vísan til þess sem að framan sé rakið telji aðalstefnandi að sanngirnissjónarmið leiði til þess að fella beri niður sekt í málinu, eða lækka beri hana verulega, enda séu varnaðaráhrif sekta mun meiri þegar um sé að ræða meðvitaða ákvörðun um brot gegn samkeppnislögum en þegar slíkt brot eigi sér stað vegna mismunandi skilnings á lagaákvæði sem undanþiggi tiltekna háttsemi gildissviði samkeppnislaga.

Loks byggir aðalstefnandi á því að ótækt sé að horfa til veltu félagsins við ákvörðun viðurlaga, enda starfi aðalstefnandi ekki með sama hætti og fyrirtæki sem rekin séu í hagnaðarskyni. Þvert á móti eigi tekjur og gjöld í ársuppgjöri hans að jafnast út þannig að tryggt sé að bæði bændur og neytendur skipti með sér öllum þeim ávinningi sem búvörulögum sé ætlað að tryggja. Álagning hárrar sektar muni því hafa áhrif á hag bæði bænda og neytenda.

Aðalstefnandi byggir á því, með hliðsjón af atvikum málsins og þeim sjónarmiðum sem rakin hafa verið, að sú fjárhæð sektar sem gagnstefnandi lagði á aðalstefnda með ákvörðun nr. 19/2016, og gagnstefnandi krefst nú að verði lögð á aðalstefnanda með dómi, sé langt fram úr hófi og í engu samræmi við þá háttsemi aðalstefnanda sem talin sé brotleg. Um sé að ræða mjög háa sekt í samanburði við það sem þekkt hafi hér á landi fram til þessa vegna ætlaðra brota á 11. gr. samkeppnislaga og séu að mati aðalstefnanda engar forsendur til að ákvarða slík viðurlög í máli þessu.

1. Aðalstefnandi málsins er rekstrarfélag mjólkuriðnaðarins á Íslandi og er í eigu tveggja samvinnufélaga, Auðhumlu svf. sem á 90,1%, og KS, þ.e. Kaupfélags Skagfirðinga svf., sem á 9,9%. Auðhumla er samvinnufélag u.þ.b. 550 kúabænda og fjölskyldna þeirra víðs vegar um landið. KS er samvinnufélag á markaðssvæði Skagafjarðar.

Fyrirtækið Mjólka ehf. var stofnað árið 2005 og var í eigu aðila ótengdum aðalstefnanda fram til ársins 2009 eða þar til KS keypti 100% hlutafjár í fyrirtækinu. Við meðferð málsins fyrir samkeppnisyfirvöldum var fyrirtækið til aðgreiningar iðulega nefnt Mjólka I þegar vísað var til atvika áður en fyrirtækið sameinaðist KS (2005–2009), en Mjólka II þegar vísað var til atvika sem áttu sér stað eftir samrunann og verður sami háttur hafður á hér. Helsti eigandi Mjólku I, Ólafur F. Magnússon, stofnaði ásamt öðrum nýtt fyrirtæki, Mjólkurbúið ehf., sem hóf vinnslu og sölu á mjólkurafurðum árið 2010.

2. Svo sem greinir hér að framan er upphaf málsins að rekja til þess að aðalstefnandi sendi fyrir mistök reikning til Mjólkurbúsins ehf. sem átti að fara til Mjólku II. Reikningurinn bar með sér að lítraverð á hrámjólk væri 77,69 kr. í viðskiptum aðalstefnanda við Mjólku II. Hins vegar var lítraverðið 90,74 kr. í viðskiptum aðalstefnanda og Mjólkurbúsins. Sendi Mjólkurbúið því kvörtun til gagnstefnanda hinn 18. janúar 2013. Rannsókn hófst og lauk henni með ákvörðun gagnstefnanda 22. september 2014, nr. 26/2014. Þar komst gagnstefnandi að þeirri niðurstöðu að aðalstefnandi hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Í ákvörðuninni var bent á að verðlagsnefnd búvara hefði aðeins ákveðið það lágmarksverð sem bæri að greiða framleiðendum mjólkur fyrir ógerilsneydda mjólk (hrámjólk). Verðlagsnefndin hefði hins vegar ekki ákveðið verð á ógerilsneyddri mjólk í viðskiptum milli afurðastöðva. Því stæðust ekki þær skýringar aðalstefnanda að verðlagsnefndin hefði ákveðið verð á þeirri hrámjólk sem málið tæki til. Með því að selja keppinautum sínum hrámjólk á verði sem verðlagsnefnd búvara ákvað fyrir unna vöru (gerilsneydda mjólk í lausu máli) hefði aðalstefnandi að vissu marki knúið þá til að greiða tvisvar fyrir sömu kostnaðarliðina. Þá taldi gagnstefnandi að með því að selja Mjólku I og Mjólkurbúinu ehf. hrámjólk á mun hærra verði en hans eigin framleiðsludeild og aðilar tengdir honum hefðu þurft að greiða fyrir slíka mjólk hefði aðalstefndi mismunað fyrirtækjunum en slík háttsemi markaðsráðandi fyrirtækis væri andstæð 11. gr. samkeppnislaga. Með þessu hefði aðalstefnandi skert getu fyrirtækjanna til að keppa við sig og aðila tengda sér á markaðinum fyrir vinnslu mjólkurvara. Var aðalstefnanda gert að greiða sekt að fjárhæð 370.000.000 kr. fyrir brot á 11. gr. samkeppnislaga.

Ákvörðunin var hinn 20. október 2014 kærð til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Með kærinni var lagt fram svonefnt Framlegðar- og verkaskiptasamkomulag milli aðalstefnanda og KS. Samkomulagið er undirritað 15. júlí 2008 og er gerð grein fyrir því hér síðar.

Í úrskurði sínum frá 16. desember 2014 komst áfrýjunarnefndin að þeirri niðurstöðu að ógilda bæri ákvörðun gagnstefnanda frá 20. október 2014 og leggja fyrir hann að taka að nýju afstöðu til málsins að undangenginni rannsókn á þýðingu samkomulagsins frá 15. júlí 2008, uppgjöri milli aðila og efnidum.

Að lokinni þeirri rannsókn leit ný ákvörðun gagnstefnanda dagsins ljós hinn 7. júlí 2016 með þeirri niðurstöðu að aðalstefnandi hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína. Talið var að háttsemi aðalstefnanda hefði falið í sér verðmismunun í andstöðu við 11. gr. samkeppnislaga.

Aðalstefnandi kærði ákvörðunina hinn 4. ágúst 2016 til áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem klotnaði í niðurstöðu sinni um ætlað brot á 11. gr. samkeppnislaga. Meirihluti nefndarinnar taldi að ekki hefði verið sýnt fram á nein þau atriði við forsendur eða framkvæmd umrædds framlegðar- og verkaskiptasamkomulags frá 2008 eða síðari samninga sem gæti orðið grundvöllur sektarákvörðunar í málinu. Minnihlutinn taldi að staðfesta bæri ákvörðun gagnstefnanda um að aðalstefnandi hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga.

3. Þá verður vikið að samkomulagi aðalstefnanda og KS, svonefndu Framlegðar og verkaskiptasamkomulagi sem var undirritað 15. júlí 2008. Í 1. gr. samkomulagsins segir: „Svo unnt verði að koma á frekari verkaskiptingu í mjólkuriðnaði, og ná nauðsynlegri lækkun á vinnslu- og dreifingarkostnaði mjólkurvara, skulu samningsforsendur stuðla að jöfnun framlegðar milli mjólkurvara. Þetta skal gert í þeim tilgangi að þeir lögaðilar sem standa að eignarhaldi og rekstri MS ehf., hafi sambærilega rekstrarafkomu við vinnslu mjólkur, óháð þeirri verkaskiptingu afurðastöðva eins og hún kann að verða ákveðin hverju sinni með hagsmuni greinarinnar í heild sinni að leiðarljósi.“

Í A-hluta samkomulagsins er í 2. gr. fjallað um breytingu á framleiðsluskipulagi milli aðalstefnanda og KS. KS hætti framleiðslu og pökkun á ferskum og sýrðum mjólkurvörum og fluttist það yfir til aðalstefnanda. Véla- og tækjabúnaður er tilheyrði rifostagerð skyldi flytjast á Sauðárkrók, en þar átti að leggja áherslu á framleiðslu fastra osta og viðbits.

Í B-hluta samkomulagsins var kveðið á um framlegðarskipti mjólkurvara milli aðalstefnanda og KS á grunni mjólkurvara og hráefnis. Síðan segir í samkomulaginu:

„Forsendur:

Verðtilfærsla mjólkurvara:

- a) Gert er ráð fyrir að verðtilfærsla mjólkurvara verði aflögð, bæði lögbundin tilfærsla sem og verðtilfærsla SAM sem framkvæmd hefur verið skv. heimildarákvæðum laga nr. 99/1993
- b) Í byrjun er þó gert ráð fyrir innheimtu og útgreiðslu lögbundinnar verðtilfærslu skv. lögum 99/1993. Jafnframt er gert ráð fyrir því verðtilfærsla SAM leggist af, og er stuðst við áhrif þess í útreikningum sem samningur þessi byggir á.

Áhrif þessara ráðstafana á KS og MS eru að KS fer úr því að hafa 25 millj. kr. í tekjur vegna verðtilfærslu árlega (*verðtilfærslutekjur – verðtilfærslugjöld*), í að þurfa að greiða árlega 31 millj. kr. í verðtilfærslu. Breytingin nemur því um 56 millj. kr. framlegðartap fyrir KS en að sama skapi jafnhá framlegðaraukning fyrir MS (sjá meðfylgjandi útreikninga). Þessi niðurstaða er að teknu tilliti til þess að mjólkurpökkun og framleiðsla sýrðra vara færast til MS frá KS. Við að framleiða eingöngu ost í stað ferskvára minnka heildsölutekjur KS um 47 millj. kr. til viðbótar – eða samtals um 103 millj. kr.

Áhrif breyttrar verkaskiptar á aðra vörunotkun og sölu- og dreifingarkostnað nemur um 62 millj. kr lægri kostnað fyrir KS en að sama skapi sömu upphæð hærri fyrir MS.

Nettóáhrif þessara breytinga vegna verkaskiptingar og verðtilfærslubreytinga nemur því $(103-62) = 41$ millj. kr. Þennan mismun þarf því að leiðrétta auk 24 mill. kr. viðbót vegna skiptingar framlegðar vegna verkaskiptingar á markaði.

MAGN HRÁMJÓLKUR FRÁ MS TIL KS OG VERÐLAGNING ÞESS:

- c) Til að mæta framlegðartapi KS (samsvarandi framlegðaraukningu MS) vegna breytinga í verkaskiptingu og verðtilfærslu svo og sem lið í framlegðarútfjöfnun, skal framkvæma eftirfarandi:
 1. Ms ehf. skal selja KS sem nemur allt að 3,5 millj. ltr af mjólk á ársgrunni.
 2. Verðlagning mjólkurinnar skal taka mið af skráðu lágmarksverði Verðlagsnefndar búvöru fyrir meðalmjólk (afurðastöðvaverð). Ofan á skráð lágmarksverð skulu bætast lítratengd sjóðagjöld. (Lögbundin verðtilfærsla og Verðmiðlunarsjóðsgjald meðan lagaskylda er til

staðar). Ekki skal leggja fast álag ofan á framangreint verð mjólkurinnar eins og tíðkast hefur skv. ákvörðun SAM. Á sama hátt skal verðleggja hráundanrennu og hrárjóma í viðskiptum aðila, ef til þeirra kemur.

3. Kostnaður af flutningi hráefnis milli aðila (viðbótarkostnaður umfram söfnunarkostnað mjólkur) skal skiptast jafn milli aðila (50/50). Kostnaður skal reiknast skv. samtals eignum km. í hverjum mánuði með hráefni milli aðila.“

Í d- og e-liðum 2. gr. er kveðið á um gagnkvæma sölubókun fyrir fullunnar mjólkurvörur í viðskiptum. Í 3. gr. er síðan kveðið á um gagnkvæma skuldbindingu samningsaðila til sölu á framleiðsluvörum hvors annars. Í 4. gr. er fjallað um uppgjör og í 5. gr. er kveðið á um gildistíma og endurskoðunarákvæði samningsins. Þá voru gerðir viðaukar við og breytingar á samkomulaginu á tímabilinu 26. febrúar 2009 til 27. ágúst 2010.

Með framlegð í skilningi samkomulagsins er átt við „framlegð I“ sem er nettósölutekjur að frádreginni vörunotkun. Með nettósölutekjum er átt við reikningsfærða sölu, að viðbættum eða frádregnum sjóðagjöldum og/eða úthlutun úr verðjöfnunarsjóðum. Frá þeirri fjárhæð er dregin vörunotkun samkvæmt nánari skilgreiningu, en hrámjólkin er stærsti kostnaðarliðurinn í vörunotkuninni.

Eins og fram kemur í 1. gr. samkomulagsins er tilgangurinn með samkomulaginu að koma á frekari verkaskiptingu í mjólkuriðnaði og ná nauðsynlegri lækkun á vinnslu- og dreifingarkostnaði mjólkurvara. Til að ná því markmiði áttu samningsaðilar að stuðla að „jöfnun framlegðar“ milli mjólkurvara. Tilgangurinn var því að viðhafa framlegðarskipti milli aðalstefnanda og KS á grundvelli mjólkurvara og hráefnis og var ætlunin að samningsaðilar hefðu sem jafnasta framlegð. Slíkt getur leitt til lækkunar á framleiðslu-, geymslu- og dreifingarkostnaði og fallið undir 71. gr. búvörulaga. Þá geta aðilar haft með sér viðskipti um tiltekið magn, svo sem gert er í samkomulaginu, og það verið samrýmanlegt 71. gr. búvörulaga. En það eru raunveruleg áhrif samkomulagsins sem skipta máli.

Í samkomulaginu segir að til að mæta framlegðartapi KS vegna áhrifa samkomulagsins, og sem lið í framlegðarútfjöfnun, skuli aðalstefnandi selja KS sem nemi allt að 3,5 millj. l af mjólk á ársgrunni.

Skjöl málsins sýna að verkaskiptingin leiddi til þess að framleiðsla á framlegðarlágum afurðum, svo sem ferskum mjólkurvörum, færðist frá KS til aðalstefnanda og KS einbeitti sér að framleiðslu á framlegðarháum afurðum, t.d. rifnum osti, ostum í blokkum og viðbiti. Sést þetta í töflu er stafar frá fjármálastjóra

aðalstefnanda, en þar kemur fram að sala KS á ferskum mjólkurvörum árið 2008 nam tæpum 100 millj. kr. En svo dæmi sé tekið af rifnum osti var sala á honum árið 2009 tæpar 800 millj. kr. Því virðist samkomulagið hafa haft í för með sér mikla framlegðaraukningu hjá KS. Það sem gerist í framhaldinu kemur fram á yfirliti um framlegðarskipti 2008–2013. Sést þar að framlegð aðalstefnanda án KS-viðskiptanna og framlegð KS er mjög svipuð og hluta tímabilsins hafi ekki þurft að koma til sérstaks uppgjörs þeirra á milli. Því verður ekki séð að nauðsyn hafi borið til að selja KS 3,5 millj. lítra af hrámjólk í því skyni að bæta KS framlegðartap vegna breytinga á verkaskiptingu og verðtilfærslu svo og framlegðarjöfnun eins og segir í c lið samkomulagsins. Því verður ekki fallist á að vernd 71. gr. búvörulaga eigi við, sbr. hér síðar.

Varðandi skýrslu KPMG dags. 22. ágúst 2016, sem aðalstefnandi vísar til, þá var hennar aflað einhliða af hálfu aðalstefnanda og á hans kosnað og verður því ekki litið til hennar í niðurstöðu málsins.

Ekki verður fram hjá því litið að keppinautur eins og Mjólkla framleiddi einungis vörur með háa framlegð. Því gáfu kaup KS á hrámjólk á lægra verði KS aukinn kraft í samkeppni þeirra.

4. Í aðalsök gerir aðalstefnandi, Mjólkursamsalan ehf., aðallega þá dómkröfu á hendur gagnstefnanda að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 18. nóvember 2016 í máli nr. 4/2016 verði ógiltur að því leyti sem aðalstefnanda var gert að greiða 40.000.000 króna vegna brots gegn 19. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Til vara er þess krafist að dómstólar felli fyrrgreinda sekt áfrýjunarnefndarinnar niður og til þrautavara að sektin verði lækkuð verulega.

Samkvæmt 1. mgr. og 2. mgr. 19. gr. samkeppnislaga getur gagnstefnandi krafist einstök fyrirtæki, hópa þeirra og samtök um allar upplýsingar sem honum þykja nauðsynlegar við athugun einstakra mála, svo og um gögn til athugunar, og skal orðið við slíkri kröfu innan hæfilegs frests, sem hann setur. Í i-lið 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga er mælt fyrir um að gagnstefnandi leggi stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök þeirra, sem brjóta gegn skyldu til að veita upplýsingar og afhenda gögn samkvæmt 19. gr. laganna.

Samkvæmt gögnum málsins óskaði gagnstefnandi skýringa á því, í bréfi 20. desember 2012 til aðalstefnanda, hvað ylli ólíku verði á reikningunum til Mjólkurbúsins ehf. og Mjólklu II. Svaraði aðalstefnandi því með bréfi 7. janúar 2013. Þar segir að verið sé að bera saman tvenn ólík viðskipti. Annars vegar sé sala á mjólk í lausu máli með afslætti, en án frekari kostnaðar og skuldbindinga af hálfu kaupanda. Hins vegar sé um að ræða miðlun á hráefni á kostnaðargrunni innan viðskiptasambands sem axli aukakostnað af söfnun, lyfjaeftirliti, gæðaeftirliti,

frumvinnslu og dreifingu auk sölutryggingar til bænda. Þá var tilgreint í bréfinu að í reikningi aðalstefnanda væri verð á mjólk í lausu máli ákvarðað af verðlagsnefnd búvöru í samræmi við 8. gr. búvörulaga.

Í öðru bréfi aðalstefnanda frá 13. febrúar 2013, sem er svarbréf hans við bréfi gagnstefnanda frá 30. janúar 2013 um frekari gögn og upplýsingar, kemur fram að KS sé eigandi Mjólklu II. Þá hafi aðalstefnandi og KS samstarf um verkaskiptingu og framleiðslustýringu á grundvelli 71. gr. búvörulaga og um sama aðilann sé að ræða í viðskiptalegu tilliti. Verið væri að bera saman tvenns konar ólík viðskipti í kærinni, það er annars vegar miðlun mjólkurhráefnis í samstarfi tveggja fyrirtækja og hins vegar sölu mjólkur á verðlistaverði (að frádregnum afslætti) án frekari skuldbindinga þess sem keypti hráefnið.

Fyrirspurnir gagnstefnanda byggjast á 19. gr. samkeppnislaga. Sú skylda hvíldi á aðalstefnanda að upplýsa um öll nauðsynleg atriði innan þess frests sem gefinn var. Í svarbréfinu frá 7. janúar 2013 var ekki minnst á það að umsamið hrámjólkurverð ætti að mæta röskun á framlegð vegna verkaskiptingar og ekki var heldur á það minnst að samningur lægi þar að baki, sem þó verður að telja grundvallargagn í málinu. Þá var ekki minnst á að aðalstefnandi skyldi selja KS sem næmi allt að 3,5 millj. lítra hrámjólkur á ársgrunni. Það dugar í engu að vísa til þess að aðalstefnandi og KS hafi haft samstarf um verkaskiptingu og framleiðslustýringu á grundvelli 71. gr. búvörulaga, svo sem bent er á í bréfinu frá 13. febrúar 2013. Sú skylda hvíldi á aðalstefnanda að leggja fram öll gögn, en ekki gagnstefnanda að kalla eftir gögnum sem hann vissi ekki að væru til.

Í málinu liggur fyrir að aðalstefnandi hafði mörg tilefni til þess að leggja fram umræddan samning aðila frá 15. júlí 2008 en lét hjá líða að gera svo. Gagnstefnandi óskaði eftir öllum samningum aðila við 50 stærstu viðskiptavini félagsins. Telur dómurinn að aðalstefnandi geti ekki borið það fyrir sig að hafa ekki vitað að leggja ætti fram umrætt skjal, sem þýðingu gæti haft í málinu. Með því að leggja ekki Framlegðar- og verkaskiptasamkomulag Kaupfélags Skagfirðinga svf. og MS fram hafi aðalstefnandi brugðist þeirri skyldu sinni að veita upplýsingar og afhenda gögn, sbr. 19. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.

Eins og mál þetta liggur fyrir þykja engin efni til þess að lækka sektina. Er þá litið til þeirra skýringa sem aðalstefnandi gaf í bréfum sínum og hve augljóst er að mati dómsins að einfaldast hafi verið fyrir aðalstefnanda að leggja samkomulagið strax fram til að upplýsa málið. Með háttalagi sínu torveldaði aðalstefnandi rannsókn málsins og því þurfti að hefja rannsóknina að nýju. Þegar litið er til veltu og efnahags aðalstefnanda, sem og nauðsynjar þess að sektir hafi sérstök varnaðaráhrif, þykir fjárhæð sektarinnar hæfileg.

5. Í gagnsök krefst gagnstefnandi, Samkeppniseftirlitið, þess að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2016 verði ógiltur að því leyti sem þar er felldur úr gildi sá hluti ákvörðunar gagnstefnanda frá 7. júlí sama árs, nr. 19/2016, að aðalstefnandi skuli greiða 440.000.000 kr. stjórnvaldssekt í ríkissjóð, vegna brots á 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, eigi síðar en einum mánuði eftir dagsetningu ákvörðunarinnar.

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins varðaði ætluð brot aðalstefnanda á 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Niðurstaðan varð sú að aðalstefnandi hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína á markaði fyrir heildsölu á hrámjólku til vinnslu mjólkurafurða. Fælist misnotkunin í því að á árunum 2008–2013 hefði aðalstefnandi selt keppinautum sínum hrámjólku á hærra verði en hans eigin framleiðsludeild annars vegar og aðilar tengdir honum hins vegar þurftu að greiða fyrir slíka mjólku. Deilt er um hvort þessi mismunun hafi veikt samkeppnisstöðu keppinauta aðalstefnanda á markaði fyrir vinnslu mjólkurafurða.

Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála er nr. 4/2016, frá 18. nóvember 2016. Nefndin klotnaði í afstöðu sinni til þess hvort aðalstefnandi hefði brotið gegn banni 11. gr. samkeppnislaga við misnotkun markaðsráðandi stöðu. Meirihluti nefndarinnar taldi að aðalstefnandi hefði, á grundvelli 71. gr. laga nr. 99/1993 um framleiðslu, verðlagningu og sölu á búvörum, mátt mismuna tengdum og ótengdum aðilum. Minnihluti nefndarinnar taldi hins vegar að staðfesta bæri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins um brot aðalstefnanda gegn 11. gr. samkeppnislaga.

6. Í málinu liggur fyrir að aðalstefnandi seldi á rannsóknartímabilinu tengdum fyrirtækjum, KS og Mjólk II, hrámjólku á verði sem var það sama og hið opinbera lágmarksverð sem gilti gagnvart mjólkurbændum. Verð aðalstefnanda á sömu hrámjólku til ótengdra aðila, Mjólk I og Mjólkurbúsins, var hins vegar mun hærra og nam allt að 17%. Miðaðist verð aðalstefnanda á hrámjólkinni til ótengdra aðila við verð á annarri vöru, þ.e. gerilsneyddri mjólku. Ágreiningsefnið lýtur að því hvort aðalstefnandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga, en þar segir að misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu sé bönnuð og að misnotkunin geti, samanber c-lið ákvæðisins, falist í því að viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra þannig veikt.

Aðalstefnandi byggir á því að ekki geti verið um brot á samkeppnislögum að ræða og vísar aðallega til 71. gr. búvörulaga, en þar segir: „Þrátt fyrir ákvæði samkeppnislaga er afurðastöðvum í mjólkuriðnaði heimilt að sameinast, gera með sér samkomulag um verkaskiptingu milli mjólkursamlaga að því er varðar

framleiðslu einstakra mjólkurvara og hafa með sér annars konar samstarf til þess að halda niðri kostnaði við framleiðslu, geymslu og dreifingu mjólkurafurða.“

Því lýtur ágreiningur málsins að því atriði hvort 71. gr. búvörulaga víki ákvæðum samkeppnislaga til hliðar.

7. Verður þá vikið að forsögu 3. mgr. 13 gr. og 71. gr. búvörulaga.

Ákvæði 1. mgr. 48. gr. laga nr. 46/1985 um framleiðslu og sölu á búvörum o.fl. (endurútgefin sem lög nr. 99/1993) var svohljóðandi: „Framleiðsluráð landbúnaðarins og samtök afurðastöðva í mjólkuriðnaði skulu gera samkomulag um verkaskiptingu á milli mjólkursamlaga, að því er varðar framleiðslu einstakra mjólkurvara með tilliti til heildarafkomu framleiðslugreinarinnar og hagsmuna mjólkurframleiðenda og neytenda.“

Þessu ákvæði var breytt með 21. gr. laga nr. 112/1992 um breytingu á lögum um framleiðslu, verðlagningu og sölu á búvörum, nr. 46 1985, með síðari breytingum. Samsvarandi ákvæði var þá í 56. gr., svohljóðandi:

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

Með þessari lagabreytingu var það ekki lengur skylda að gera samkomulag um verkaskiptingu á milli mjólkursamlaga, að því er varðaði framleiðslu einstakra mjólkurvara, heldur var það heimilt og gátu þær starfað algerlega sjálfstætt. Jafnframt var í slíku samkomulagi heimilt að kveða á um verðtilfærslu til að jafna framlegð mismunandi framleiðslutegunda á milli mjólkurbúa. Þannig er um sitt hvort atriðið að ræða, það er samkomulag um verkaskiptingu milli mjólkursamlaga að því er varðar framleiðslu einstakra mjólkurvara og hins vegar samkomulag um verðtilfærslu til að jafna framlegð mismunandi framleiðslutegunda á milli mjólkurbúa. Héðan í frá verður kveðið á um samninga um jöfnun framlegðar í einu ákvæði og heimildir til að gera verkaskiptasamninga í öðru ákvæði.

Lög nr. 46/1985 voru síðan endurútgefin sem lög nr. 99/1993 og varð fyrrnefnd 56. gr. að 59. gr.

Með 4. gr. laga nr. 69/1998 um breytingu á lögum nr. 99/1993 var heimildin til að jafna framlegð með verðtilfærslu í 3. mgr. 13. gr. laganna, sem varð svohljóðandi:

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

Eftir þá breytingu sem var gerð á 59. gr. með 18. gr. laga nr. 69/1998 hljóðaði ákvæðið svo:

„Framleiðsluráði landbúnaðarins og afurðastöðvum í mjólkuriðnaði er heimilt að gera samkomulag um verkaskiptingu milli mjólkursamlaga að því er varðar framleiðslu einstakra mjólkurvara fyrir innlendan og erlendan markað. Samkomulagið öðlast ekki gildi fyrr en landbúnaðarráðherra hefur staðfest það.“

Með lögum nr. 112/1999 var tilvísun laganna til framleiðsluráðs landbúnaðarins felld niður. Í kjölfarið voru gerðar breytingar á lögum nr. 99/1993 sem leiddu til þess að 59. gr. varð að 71. gr. laganna. Þannig kvað 71. gr. búvörulaganna á um heimild til afurðastöðva til að gera samkomulag um verkaskiptingu milli mjólkursamlaga varðandi einstakar mjólkurvörur og 13. gr. 3. mgr. sömu laga kvað á um heimild afurðastöðva til að gera samninga sín á milli um verðtilfærslu milli tiltekinna afurða.

Í maí 2004 var lagt fram á Alþingi stjórnarfrumvarp um framleiðslu, verðlagningu og sölu á búvörum (verðsamráð í mjólkuriðnaði). Frumvarpið var samið að tilhlutan landbúnaðarráðherra „í því skyni“, eins og segir í upphafi þess (þingskjal 1665 á 130. löggjafarþingi), „að lögfesta ákvæði sem ætlað er að eyða þeirri réttaróvissu sem skapast hefur um að gildandi búvörulög, nr. 99/1993, tryggi ekki með nægjanlegri vissu að samráð, samruni og verðtilfærsla í mjólkuriðnaði sé undanskilið gildissviði samkeppnislaga í samræmi við ætlan löggjafans“. Í frumvarpinu var kveðið á um breytingu á tveimur ákvæðum, það er 3. mgr. 13. gr. og 71. gr.

Í frumvarpinu kemur fram að til þess að kanna tengsl laga um framleiðslu, verðlagningu og sölu á búvörum (búvörulaga) nr. 99/1993 og samkeppnislaga hafi landbúnaðarráðherra falið Árna Vilhjálmsyni hrl. og Eiríki Tómassyni prófessor að skrifa álitserð um efnið og gera tillögur til breytinga á búvörulögum. Sérstaklega hafi þeim verið falið að leggja mat á hvernig hægt væri að tryggja virka samkeppni í framleiðslu og sölu búvara án þess að hagsmunir bænda og íslensks landbúnaðar væru fyrir borð bornir. Skiluðu þeir álitserð sinni til landbúnaðarráðherra 30. apríl 2004.

Í kjölfarið fór fram endurskoðun á búvörulögunum og í megindráttum var það niðurstaða endurskoðunarinnar að í ljósi skuldbindandi samninga ríkisins við framleiðendur um styrki, og að teknu tilliti til markaðsaðstæðna, gæti verið nauðsynlegt að lögfesta skýr ákvæði í búvörulög sem undanskildu ákveðna þætti

verðmyndunar á heildsöluverði gildissviði samkeppnislaga. Í álitserðinni komu fram viðamiklar breytingar en sérstaklega var tekið fram að frumvarpið gerði ekki ráð fyrir þeim öllum, að svo komnu máli.

Í frumvarpinu kemur fram að þar sé fylgt landbúnaðarstefnu búvörulaga, samanber 1. gr. laganna, það er að tryggja jöfnuð á milli framleiðenda og viðunandi kjör bænda, og einnig kemur fram sú stefna löggjafans að framleiðsla búvara til neyslu og iðnaðar verði í sem nánustu samræmi við þarfir þjóðarinnar og tryggi ávallt nægjanlegt vöruframboð við breytilegar aðstæður í landinu.

Í 1. gr. frumvarpsins er kveðið á um breytingar á 3. mgr. 13. gr. búvörulaganna en þar segir að þrátt fyrir ákvæði samkeppnislaga sé afurðastöðvum í mjólkuriðnaði heimilt að gera samninga sín á milli um verðtilfærslu milli tiltekinna afurða. Leggja skuli slíka samninga fyrir verðlagsnefnd til upplýsingar.

Í 2. gr. var kveðið á um breytingu á 71. gr. búvörulaga, það er um heimild til handa afurðastöðvum í mjólkuriðnaði að gera samkomulag um verkaskiptingu um framleiðslu einstakra mjólkurvara. Samkomulagið öðlast þó ekki gildi fyrr en landbúnaðarráðherra hefði staðfest það.

Þá kom fram í frumvarpinu að með breytingunum á 71. gr. væri verið að styrkja framangreindan grundvöll til hagræðingar og tryggja eðlilega að sú hagræðing nyti enn um sinn undanþágu frá gildissviði samkeppnislaga ef það væri gert í þeim tilgangi að halda niðri kostnaði við framleiðslu, geymslu og dreifingu mjólkurafurða. Í breytingunni felst einnig að afurðastöðvarnar þurfi ekki lengur leyfi landbúnaðarráðherra til þess að sameinast, gera með sér samkomulag um verkaskiptingu milli mjólkursamlaga að því er varðar framleiðslu einstakra mjólkurvara og hafa með sér annars konar samstarf til samræmis við aukna ábyrgð afurðastöðvanna sjálfra á verðlagningu.

Af 71. gr. búvörulaganna og lögskýringargögnum með því ákvæði verður ekki annað ráðið en að tilgangur ákvæðisins sé að undanþiggja afurðastöðvar í mjólkuriðnaðinum ákvæðum samkeppnislaga og að þeim sé heimilt að gera með sér samkomulag um verkaskiptingu milli mjólkursamlaga að því er varðar framleiðslu einstakra mjólkurvara og einnig að hafa með sér annars konar samstarf. Tilgangurinn verði þó að vera að halda niðri kostnaði við framleiðslu, geymslu og dreifingu mjólkurafurða.

Þegar nefndri 71. gr. var breytt á Alþingi kom einnig til breytingar á 3. mgr. 13. gr. laganna. Þar segir að þrátt fyrir ákvæði samkeppnislaga sé afurðastöðvum í mjólkuriðnaði heimilt að gera samninga sín á milli um verðtilfærslu milli tiltekinna afurða, en leggja skuli slíka samninga fyrir verðlagsnefnd til upplýsingar.

Málflutningur aðalstefnanda er sá að með samkomulaginu frá 15. júlí 2008 hafi tilgangurinn verið að jafna framlegðina milli hans og KS, þó samkvæmt

gögnum málsins virðist sem framlegð KS hafi aukist til muna með samkomulaginu. Jöfnun framlegðar er ekkert annað en verðtilfærsla sem nýtur ekki verndar 71. gr. búvörulaganna heldur 3. mgr. 13. gr. sömu laga þar sem kveðið er á um slíka samninga. Hins vegar er ekki byggt á því ákvæði af hálfu aðaláfrýjanda. Hefði það verið gert þá liggur ekki fyrir í málinu hvort aðalstefnandi eða KS hefði lagt samninginn fyrir verðlagsnefnd til upplýsingar. Með því að engin staðfesting liggur fyrir verður að líta svo á að henni sé ekki til að dreifa.

Meirihluti áfrýjunarnefndar virðist hafa talið að ekki væri þörf á að upplýsa verðlagsnefnd um samninginn. Dómurinn telur hins vegar að um fortakslaust ákvæði sé að ræða. Er þá hvoru tveggja litið til orðalags ákvæðisins, sem beinlínis kveður á um skyldu, sem og til forsögu þess. Fram til gildistöku laga nr. 85/2004 var mælt fyrir um beint eftirlit með efni slíkra samninga, sem fólst meðal annars í því að þeir skyldu hljóta staðfestingu verðlagsnefndar búvara. Með lögum nr. 85/2004 var þessu fyrirkomulagi breytt og mælt fyrir um skyldu til að leggja samninga um verðtilfærslu fyrir verðlagsnefnd búvara til upplýsingar. Í athugasemdum með frumvarpinu, segir „Með breytingunni er því aðeins verið að færa formið og ábyrgðina til afurðastöðvanna frá verðlagsnefnd í samræmi við venjubundna framkvæmd samkvæmt búvörulögum og undanskilja verðtilfærsluna skýrlega gildissviði samkeppnislaga. Þó er talið rétt að verðlagsnefnd sé upplýst um þessa samninga og því er lögð skylda á afurðastöðvarnar að senda nefndinni þá til upplýsingar. Breytingarnar kalla hvorki á afnám lögbundins verðtilfærslugjalds skv. 22. gr. búvörulaga, en það gjald stendur undir verðtilfærslu milli tiltekinna mjólkurafurða, né breytingar á verðmiðlunggjaldi skv. 19. gr. búvörulaga.“ Ljóst má því vera að upplýsingaskyldan er mikilvægur liður í eftirliti þó það sé með breyttu sniði. Kemur þetta einnig fram í álit meirihluta landbúnaðarnefndar að fallist var á að frumvarpið yrði samþykkt óbreytt, meðal annars „með hliðsjón af skipun verðlagsnefndar og því eftirlitshlutverki sem henni er ætlað samkvæmt lögum, að séð sé fyrir því að hagsmunir bænda, framleiðenda, neytenda og stjórnvalda verði tryggðir á hverjum tíma.“ Telja verður að aðalstefnandi verði að bera hallann af því að hafa ekki lagt samninginn fyrir nefndina.

Með vísan til þess sem að framan greinir og þess sem fram kemur í 3. kafla hér að framan er það niðurstaða dómsins að samningurinn frá 15. júlí 2008 njóti hvorki verndar 71. gr. né 3. mgr. 13. gr. búvörulaganna.

8. Samkvæmt 1. mgr. 11. gr. samkeppnislaga er misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu bönnuð. Misnotkun skv. 1. mgr. getur m.a. fallist í því að viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra þannig veikt samanber c-lið 2. mgr. 11. gr.

laganna.

Það er ágreiningslaust að aðalstefnandi er með markaðsráðandi stöðu á hinum ráðandi markaði fyrir sölu á hrámjólk til vinnslu mjólkurafurða. Hann tók við um það bil 90% af þeirri hrámjólk sem framleidd er í landinu og var eina fyrirtækið sem seldi hrámjólk í heildsölu. Gagnvart keppinautum sínum var hann birgir þeirra vegna kaupa á hrámjólk, sem og öflugasti keppinautur þeirra.

Samkvæmt gögnum málsins greiddu keppinautar aðalstefnanda hrámjólk á hærra verði en aðilar sem voru tengdir aðalstefnanda. Munurinn á rannsóknartímabilinu er um 239 millj. kr., þ.e. hversu miklu minna tengdir aðilar aðalstefnanda greiddu en ótengdir aðilar. Því er fallist á að aðalstefnandi hafi veikt samkeppnisstöðu ótengdu aðilanna og haft bein áhrif á vöxt þeirra.

Með vísan til þess sem að framan greinir lítur dómurinn svo á að aðalstefnandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaganna.

Aðalstefnandi byggir á því að dómstólinn skorti heimild til að fjalla um 11. gr. samkeppnislaganna þar sem ekki var fjallað um það ákvæði fyrir áfrýjunarnefndinni með því að meirihluti hennar taldi að samkomulagið frá 15. júlí 2008 nyti verndar 71. gr. búvörulaganna.

Á þetta sjónarmið er ekki fallist. Heimild gagnstefnanda til að verja ákvörðun sína styðst við 41. gr. samkeppnislaga, sbr. 4. gr. laga nr. 14/2011. Þar segir: „Nú vill aðili, þ.m.t. Samkeppniseftirlitið, ekki una úrskurði áfrýjunarnefndar og getur hann þá höfðað mál til ógildingar hans fyrir dómstólum.“ Í athugasemdum við 4. gr. frumvarpsins er sérstaklega tekið fram að mikilvægt sé að samkeppniseftirlitið geti eftir atvikum varið fyrir dómsólum niðurstöðu ákvarðana sinna sem áfrýjunarnefndin hefur „ógilt eða breytt“. Meirihluti áfrýjunarnefndar felldi niður sekt þá er gagnstefnandi ákvarðaði. Hefur gagnáfrýjandi því heimild til að bera úrskurðinn undir dómstóla.

9. Með vísan til þess sem að framan greinir verður krafa gagnstefnanda í gagnsök tekin til greina og úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála 18. nóvember 2016 í máli nr. 4/2016 verður ógiltur að því leyti sem þar er felldur úr gildi sá hluti ákvörðunar gagnstefnanda frá 7. júlí sama árs, nr. 19/2016, um að aðalstefnandi skuli greiða 440.000.000 kr. stjórnvaldssekt í ríkissjóð, vegna brots á 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, eigi síðar en einum mánuði eftir dagsetningu ákvörðunarinnar. Ber því aðalstefnanda að greiða sekt í ríkissjóð.

Varðandi fjárhæð sektarinnar er litið til þess að brot aðalstefnanda er alvarlegt og stóð í langan tíma. Það varðaði vinnslu á mikilvægri neysluvöru og voru aðgerðir aðalstefnanda fallnar til að skaða samkeppni og neytendur með alvarlegum hætti. Þá er litið til þess að um ítrekað brot er að ræða, sbr. úrskurð

áfrýjunarnefndarinnar 14. desember 2006 í máli nr. 8/2006.

Samkvæmt 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga getur sekt numið allt að 10% af heildarveltu síðasta rekstrarár þeirra sem aðild eiga að brotinu. Mun heildarvelta aðalstefnanda árið 2015 hafa verið um það bil 26,7 ma. kr. Sekt gagnstefnanda nemur um það bil 1,6% af veltunni, sem telja verður hóflegt þegar litið er til heimildar 2. mgr. 37. gr. Verður aðalstefnanda því gert að greiða 440.000.000 kr. í sekt.

Við aðalmeðferð málsins kvaðst lögmaður gagnstefnanda ekki gera kröfu um vexti og kvaðst miða við að sektin yrði greidd innan mánaðar frá dómsuppsögu. Var því ekki andmælt af aðalstefnanda.

Eftir þessari niðurstöðu ber aðalstefnanda að greiða gagnstefnanda málskostnað svo sem greinir í dómsorði.

Sigrún Guðmundsdóttir héraðsdómari kvað upp dóm þennan.

DÓMSORÐ:

Í aðalsök er gagnstefnandi, Samkeppniseftirlitið, sýknað af kröfum aðalstefnanda, Mjólkursamsölunnar ehf.

Í gagnsök er úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála 18. nóvember 2016 í máli nr. 4/2016 ógiltur að því leyti sem þar er felldur úr gildi sá hluti ákvörðunar gagnstefnanda frá 7. júlí sama árs, nr. 19/2016, um að aðalstefnandi skuli greiða 440.000.000 króna stjórnvaldssekt í ríkissjóð.

Aðalstefnandi greiði ríkissjóði 440.000.000 króna

Aðalstefnandi greiði gagnstefnanda 3.000.000 króna í málskostnað.

Sigrún Guðmundsdóttir