

Fimmtudaginn 4. mars 2021.

Nr. 26/2020.

Mjólkursamsalan ehf.

(Víðir Smári Petersen lögmaður)

gegn

Samkeppniseftirlitinu og

Íslenska ríkinu

(Gizur Bergsteinsson lögmaður)

Samkeppni. Stjórnvaldssekt. Misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Upplýsingaskylda. Stjórnarskrá.

Í ákvörðun S í júlí 2016 var komist að þeirri niðurstöðu að MS ehf. hefði verið í markaðsráðandi stöðu á nánar tilteknum markaði og að félagið hefði misnotað þá stöðu og brotið með því gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Þá var MS ehf. einnig talið hafa brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga með því að hafa gefið rangar upplýsingar og ekki lagt fram framlegðar- og verkaskiptasamkomulag við KS ehf. við rannsókn S. Var MS ehf. gert að greiða 480.000.000 krónur í stjórnvaldssekt. MS ehf. kærði ákvörðun S til áfrýjunarnefndar samkeppnismála, sem felldi hana úr gildi með úrskurði í nóvember 2016 að öðru leyti en því að MS ehf. skyldi greiða 40.000.000 krónur vegna brots gegn 19. gr. samkeppnislaga. Bæði S og MS ehf. höfðu í kjölfarið mál til ógildingar á framangreindum úrskurði að hluta og voru málin sameinuð í héraði. Í dómi Hæstaréttar var frávísunarkröfu MS ehf. hafnað og ekki talið að dómstólar færu út fyrir stjórnskipulegt hlutverk sitt samkvæmt 2. og 60. gr. stjórnarskrárinnar með því að leggja á sekt í samkeppnismáli samhliða ógildingu á úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Þá taldi Hæstiréttur ljóst að markmið samkomulags MS ehf. og KS ehf. um framlegðar- og verkaskipti hefði ekki verið einskorðað við afkomuskiptingu vegna einstaka tegunda framleiðsluvara tengdum verkaskiptingunni heldur miðaði einnig að heildarjöfnun á hlutfallslegri framlegð í greininni óháð verkaskiptingu afurðastöðva. Var samkomulagið ekki talið geta rúmast innan heimilda 71. gr. búvörulaga nr. 99/1993 eða hvílt á öðrum heimildum laganna. Hæstiréttur taldi ekki undirorpið vafa að MS ehf. hafi verið í markaðsráðandi stöðu á viðkomandi markaði. Félagið hefði selt hrámjólk til tengdra aðila á mun lægra verði en ótengdum aðilum og sú mismunun hafi veitt hinum tengdu aðilum óeðlilegt forskot í samkeppni á markaði málsins. MS ehf. var því talið hafa mismunað viðskiptaaðilum sínum með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og þannig veikt samkeppnisstöðu þeirra og með því brotið með alvarlegum hætti gegn c-lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Þá hafi sú mikla mismunun sem var á verðlagningu MS ehf. til ótengdra aðila og verði til eigin framleiðslu falið í sér alvarlegan og langvarandi verðþrýsting sem hafi einnig verið til þess fallinn að verja markaðsráðandi stöðu félagsins. Hæstiréttur taldi jafnframt að MS ehf. hefði brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga með því að leggja ekki fram áður nefnt samkomulag sitt og KS ehf. við rannsókn S. Hvað varðaði fjárhæð stjórnvaldssektarinnar vísaði Hæstiréttur til þess að brot MS ehf. hafi verið alvarlegt auk þess sem það hafi staðið lengi. Þá fólst í broti MS ehf. ítrekun á fyrra broti þótt að ekki hafi verið ákveðin sekt í fyrra málinu. Var MS ehf. gert að greiða samtals 480.000.000 krónur í ríkissjóð vegna brota gegn 11. og 19. gr. samkeppnislaga.

Dómur Hæstaréttar .

Mál þetta dæma hæstaréttardómararnir Benedikt Bogason, Björg Thorarensen, Ingveldur Einarsdóttir, Ólafur Börkur Þorvaldsson og Sigurður Tómas Magnússon.

Áfrýjandi skaut málinu til Hæstaréttar 28. maí 2020. Hann krefst aðallega annars vegar sýknu af þeirri kröfu stefnda Samkeppniseftirlitsins 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 stefnda Samkeppniseftirlitsins nr. 19/2016 að áfrýjandi skuli greiða 440.000.000 króna stjórnvaldssekt í ríkissjóð, vegna brots á 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, og hins vegar að vísað verði frá dómi kröfu stefnda um að áfrýjanda verði gert að greiða 440.000.000 króna sekt í ríkissjóð. Áfrýjandi krefst þess jafnframt að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála verði ógiltur að því leyti sem honum var gert að greiða 40.000.000 króna sekt vegna brots gegn 19. gr. samkeppnislaga. Þá krefst hann þess gagnvart stefnda íslenska ríkinu að því verði gert að endurgreiða sér 40.000.000 króna með nánar tilgreindum dráttarvöxtum.

Til vara krefst áfrýjandi þess að hann verði sýknaður af kröfum stefnda Samkeppniseftirlitsins um að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála verði ógiltur að nánar tilteknu leyti og honum gert að greiða 440.000.000 króna sekt í ríkissjóð. Áfrýjandi krefst þess jafnframt að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála verði ógiltur að því leyti sem honum var gert að greiða 40.000.000 króna sekt vegna brots gegn 19. gr. samkeppnislaga. Þá krefst áfrýjandi þess gagnvart stefnda íslenska ríkinu að því verði gert að endurgreiða sér 40.000.000 króna með nánar tilgreindum dráttarvöxtum.

Til þrautavara krefst áfrýjandi þess að jafnvel þótt fallist verði á kröfu stefnda Samkeppniseftirlitsins um ógildingu úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála verði sekt ekki lögð á hann. Áfrýjandi krefst þess jafnframt að úrskurðinum verði breytt á þann veg að sektin sem lögð var á hann verði felld niður. Þá krefst áfrýjandi þess gagnvart stefnda íslenska ríkinu að því verði gert að endurgreiða 40.000.000 króna með nánar tilgreindum dráttarvöxtum.

Að því frágengnu krefst áfrýjandi þess að krafa stefnda Samkeppniseftirlitsins um greiðslu 440.000.000 króna sektar í ríkissjóð verði ákveðin mun lægri. Áfrýjandi krefst þess jafnframt að úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála verði breytt á þann veg að sektin sem lögð var á hann verði lækkuð verulega. Þá krefst hann þess að stefnda íslenska ríkinu verði gert að endurgreiða

honum mismun á 40.000.000 króna og þeirri sekt sem ákvörðuð kann að verða með dómi með nánar tilgreindum dráttarvöxtum. Áfrýjandi krefst í öllum tilvikum málskostnaðar á öllum dómstigum.

Stefndu krefjast staðfestingar hins áfrýjaða dóms og málskostnaðar fyrir Hæstarétti.

I

Ágreiningur í máli þessu lýtur að því hvort áfrýjandi hafi misnotað markaðsráðandi stöðu með því að selja hrámjólk til vinnslu mjólkurafurða á hærra verði til keppinauta en til eigin framleiðsludeildar og tengdra aðila og þannig brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og hvort honum skuli gerð stjórnvaldssekt af þeim sökum. Í því sambandi er deilt um hvort lægri verðlagning til tengdra aðila falli utan gildissviðs samkeppnislaga vegna samkomulags á grundvelli 71. gr. búvörulaga nr. 99/1993. Jafnframt er deilt um hvort áfrýjandi vanrækti upplýsingaskyldu sína samkvæmt 19. gr. samkeppnislaga með því að afhenda ekki tilgreint skjal, svokallað framlegðar- og verkaskiptasamkomulag við Kaupfélag Skagfirðinga svf. 15. júlí 2008, við fyrri rannsókn stefnda Samkeppniseftirlitsins í málinu og hvort gera skuli honum sekt fyrir brot á því ákvæði. Enn fremur er ágreiningur um hvort endurskoðunarvald dómstóla gagnvart sektarákvörðunum samkeppnisyfirvalda nái aðeins til þess að ógilda slíkar ákvarðanir en ekki til að taka ákvörðun um að leggja sekt á áfrýjanda og leysa úr um brot á samkeppnislögum vegna fyrimæla 2. og 60. gr. stjórnarskrárinnar.

Með héraðsdómi var áfrýjandi talinn hafa brotið gegn 11. og 19. gr. samkeppnislaga, honum gert að greiða 440.000.000 króna sekt vegna brots á 11. gr. laganna og staðfest niðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnislaga um 40.000.000 króna sekt vegna brots á 19. gr. laganna. Með hinum áfrýjaða dómi var sú niðurstaða staðfest.

Áfrýjunarleyfi var meðal annars veitt á þeim grunni að málið hefði fordæmisgildi um skýringu á 71. gr. búvörulaga um undantekningar frá samkeppnislögum í samstarfi afurðastöðva í mjólkuriðnaði. Þá reyndi í fyrsta skipti á túlkun 19. gr., sbr. 37. gr. samkeppnislaga um brot fyrirtækis gegn upplýsingaskyldu. Loks hefði málið fordæmisgildi um fjárhæð sektar vegna brots gegn 11. gr. samkeppnislaga svo og mörk endurskoðunarvalds dómstóla gagnvart sektarákvörðunum samkeppnisyfirvalda.

Með tilvísunum til stefnda verður hér eftir átt við stefnda Samkeppniseftirlitið eingöngu en þess getið sérstaklega ef stefndi íslenska ríkið á í hlut.

II

Áfrýjandi er eina fyrirtækið hér á landi sem selur hrámjólk í heildsölu til annarra mjólkurvöruframleiðenda og nýtir hana auk þess til eigin framleiðslu. Hrámjólk er ógerilsneydd mjólk sem er undirstöðuhráefni við framleiðslu á hvers kyns mjólkurvörum. Áfrýjandi hóf starfsemi í núverandi mynd árið 2007 en þá urðu miklar breytingar á skipulagi fyrirtækja í mjólkuriðnaði í landinu sem fólust í því að allar helstu afurðastöðvar á mjólkurmarkaði og Osta- og smjörsalan runnu saman í áfrýjanda. Hann er að 90,1% hluta í eigu Auðhumlu svf. og að 9,9% hluta í eigu Kaupfélags Skagfirðinga svf. Auðhumla er samvinnufélag rúmlega 550 mjólkurbænda víðs vegar um landið. Kaupfélag Skagfirðinga er samvinnufélag meðal annars um 60 mjólkurbænda og í blönduðum rekstri en ein af helstu rekstrareiningum þess er mjólkurafurðastöð. Bæði áfrýjandi og Kaupfélag Skagfirðinga svf. kaupa ógerilsneydda hrámjólk af félagsmönnum sínum og vinna úr henni mjólkurafurðir.

Afurðastöðin Mjólka ehf. hóf starfsemi árið 2005 (hér eftir Mjólka I). Mjólka I keypti eins og Kaupfélag Skagfirðinga svf. hrámjólk af áfrýjanda og framleiddi í upphafi fetaost en hóf síðar að framleiða aðrar mjólkurafurðir svo sem jógúrt, sýrðan rjóma, rifinn ost, skyr og skyrtertur. Árið 2009 komst Mjólka I í eigu Kaupfélags Skagfirðinga svf. (frá því tímamarki verður hér eftir rætt um Mjólku II). Eftir breytingar á eignarhaldinu hélt Mjólka II áfram að framleiða meðal annars fetaost og sýrðar mjólkurvörur og keypti hrámjólk til framleiðslunnar af áfrýjanda. Fyrri helsti eigandi Mjólku I stofnaði á hinn bóginn ásamt öðrum nýtt fyrirtæki, Mjólkurbúið Kú ehf., sem hóf vinnslu og sölu á mjólkurafurðum á árinu 2010, meðal annars ostum og sýrðum rjóma. Mjólkurbúið Kú ehf. hefur keypt hrámjólk af áfrýjanda.

Í desember 2012 barst stefnda ábending frá Mjólkurbúinu Kú ehf. um að áfrýjandi hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með því að mismuna keppinautum sínum í verði á hrámjólk til vinnslu mjólkurafurða. Því til stuðnings fylgdu reikningar áfrýjanda til Mjólkurbúsins Kú ehf. þar sem lítraverð á hrámjólk var 90,74 krónur og reikningar til Mjólku II þar sem verðið var 77,69 krónur. Stefndi sendi áfrýjanda tölvubréf 20. desember 2012 ásamt fyrrgreindum gögnum þar sem óskað var skýringa hans á ástæðum mismunandi verðs á hrámjólk. Í svari forstjóra áfrýjanda 7. janúar 2013 kom meðal annars fram að um væri að ræða tvenn ólík viðskipti. Annars vegar sölu á mjólk í lausu máli með afslætti en án frekari kostnaðar og skuldbindinga af hálfu kaupanda en hins vegar miðlun á hráefni á kostnaðargrunni innan viðskiptasambands sem axlaði aukakostnað af söfnun, lyfjaeftirliti, gæðaeftirliti, frumvinnslu og dreifingu auk

sölutryggingar til bænda. Vísað var til þess að áfrýjandi og Kaupfélag Skagfirðinga svf. hefðu með sér samstarf og verkaskiptingu um framleiðslu á mjólkurvörum á grundvelli 71. gr. búvörulaga. Einnig kom fram að verðið sem tilgreint væri í reikningi áfrýjanda til Mjólkurbúsins Kú ehf. væri verð á mjólk í lausu máli ákvarðað af verðlagsnefnd búvöru í samræmi við 8. gr. þágildandi laga nr. 99/1993 um framleiðslu, verðlagningu og sölu á búvörum (nú búvörulög), að frádregnum afslætti vegna hagræðis sem fælist í reglulegri afhendingu á magni. Í kjölfarið hófst rannsókn stefnda sem lauk 22. september 2014 með ákvörðun nr. 26/2014. Var ð niðurstaða stefnda að áfrýjandi hefði með því að selja hrámjólk til vinnslu mjólkurafurða á herra verði til keppinauta en til eigin framleiðsludeildar og tengdra aðila brotið gegn c-lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga og var honum gert að greiða 370.000.000 króna í stjórnvaldssekt.

Áfrýjandi kærði ákvörðun stefnda til áfrýjunarnefndar samkeppnismála en við meðferð málsins hjá nefndinni lagði hann fyrst fram fyrrgreint gagn, framlegðar- og verkaskiptasamkomulag 15. júlí 2008 milli sín og Kaupfélags Skagfirðinga svf. Hafði samkomulagið meðal annars að geyma ítarleg ákvæði um tilflutning milli aðila í framleiðslu tiltekinna mjólkurvara og viðskiptakjör í viðskiptum með hráefni. Áfrýjandi hélt því fram að samkomulagið birti skýrlega þá meginforsendu í samstarfi aðila að hið lága verð á hrámjólk til Kaupfélags Skagfirðinga svf. v æri liður í því að skipta aukinni framlegð áfrýjanda vegna verkaskiptingar þeirra í milli.

Áfrýjunarnefndin felldi ákvörðun stefnda úr gildi með úrskurði 16. desember 2014 í máli nr. 5/2014 með vísan til þess að frekari rannsóknar væri þörf að því er varðaði umrætt samkomulag og fól nefndin stefnda að taka nýja ákvörðun að undangenginni slíkri rannsókn.

Stefndi hóf á ný rannsókn á ætluðum brotum áfrýjanda á 11. gr. samkeppnislaga og ákvað samhliða að rannsaka hvaða ástæður lægju að baki því að áfrýjandi lagði ekki umrætt framlegðar- og verkaskiptasamkomulag fram við fyrri rannsókn málsins í ljósi upplýsingaskyldu aðila samkvæmt 19. gr. laganna. Tók rannsóknartímabilið til ára 2008 til 2013. Hinn 7. júlí 2016 tók stefndi ákvörðun nr. 19/2016 og komst að þeirri niðurstöðu, eins og í fyrri ákvörðun, að áfrýjandi hefði brotið gegn 11. samkeppnislaga og einnig 19. gr. laganna. Var honum gert að greiða 440.000.000 króna sekt vegna brots á 11. gr. og 40.000.000 króna sekt vegna brots á 19. gr.

Í II. kafla ákvörðunar stefnda var fjallað ítarlega um þá meginmálsvörn áfrýjanda að verðlagningin ætti stoð í 71. gr. búvörulaga, eins og henni var breytt með lögum nr. 85/2004, og hún veitti áfrýjanda undanþágu frá 11. gr. samkeppnislaga. Lýst var aðdraganda þeirrar lagasetningar ásamt lögskýringargögnum og ályktað að markmið hennar hefði ekki verið að veita undanþágur frá samkeppnislögum umfram það orðalag sem kæmi beinlínis fram í ákvæðinu, auk þess sem frávík frá almennum reglum laganna bæri að túlka þröngt. Stefndi komst að þeirri niðurstöðu að sala áfrýjanda á hrá mjólk á lægra verði til Kaupfélags Skagfirðinga svf. en til keppinauta hefði ekki verið verið órjúfanlegur eða nauðsynlegur hluti af verkaskiptingu sem 71. gr. búvörulaga heimilaði milli afurðastöðva í mjólkuriðnaði. Auk þess var talið að ákvörðun áfrýjanda um verðlagningu gæti ekki hvílt á 4. mgr. 13. gr. búvörulaga um heimildir afurðastöðva til að semja sín í milli um verðtilfærslu milli tiltekinna afurða enda hefði samkomulag aðila stefnt að því að jafna hlutfallslega framlegð þeirra afurðastöðva sem stæðu að eignarhaldi áfrýjanda óháð verkaskiptingu hverju sinni í framleiðslu mjólkurvara með ólíka framlegð. Loks hefði sala áfrýjanda á hrá mjólk til Mjólk II á sama lága verði og til Kaupfélags Skagfirðinga svf. ekki verið órjúfanlegur eða nauðsynlegur hluti af samstarfi sem ákvæði 71. gr. búvörulaga heimilaði, enda hefði Mjólk II ekki verið aðili að neinum samningi við áfrýjanda þar um.

Í III. kafla ákvörðunar stefnda var markaðurinn skilgreindur og lagt mat á hvort áfrýjandi hefði markaðsráðandi stöðu í ljósi ákvæða 4. og 5. töluliðar 4. gr. samkeppnislaga. Fram kom að markaður með hrá mjólk hefði þá sérstöðu að hún hefði mjög takmarkaða staðgöngu við aðrar vörur. Hrá mjólk væri notuð sem hráefni til að framleiða ýmiss konar mjólkurafurðir, svo sem drykkjarmjólk, osta eða jógúrt og ekki væri hægt að skipta henni út fyrir annað hráefni. Á

frýjandi væri í eigu nánast allra mjólkurframleiðenda á Íslandi, fyrirtækið safnaði hrámjólk frá eigendum sínum um allt land og flytti í fimm mjólkurstöðvar en einnig væri það stærsta dreifingarfyrirtæki landsins. Áfrýjandi hefði bæði notað umrædda hrámjólk til eigin afurðavinnslu og selt hana til Kaupfélags Skagfirðinga svf., Mjólklu I, Mjólklu II og Mjólkurbúsins Kú ehf., óháð því til hvaða nota hún væri keypt þar. Þegar áfrýjandi seldi umræddum viðskiptavinum hrámjólk til framleiðslu mjólkurafurða hefði verið um að ræða markað fyrir heildsölu. Hefðu keppinautar áfrýjanda í vinnslu og sölu mjólkurafurða, á borð við Mjólklu I og Mjólkurbúíð Kú ehf., því einnig verið viðskiptavinir áfrýjanda sem annaðist dreifingu á hrámjólk í heildsölu beint til vinnsluadilanna. Við úrlausn um hvort áfrýjandi væri í markaðsráðandi stöðu á mjólkurmarkaði var litið til þess að á rannsóknartímabilinu hefði hann keypt yfir 90% af allri hrámjólk sem mjólkurbændur seldu í landinu. Staða áfrýjanda í sölu mjólkurvara væri afar sterk og auk þess hefði fyrirtækið eignatengsl og nána viðskiptalega samvinnu við næststærsta fyrirtækið á mjólkurmarkaði, Kaupfélag Skagfirðinga svf. Heildarvelta áfrýjanda hefði verið 22 milljarðar króna árið 2013 og ljóst að fyrirtækið byggi við umtalsverðan fjárhagslegan styrk umfram keppinauta sína. Niðurstaða stefnda í málinu var því að áfrýjandi væri ekki aðeins markaðsráðandi á skilgreindum markaði fyrir hrámjólk heldur einnig í einstakri yfirburðastöðu á mjólkurmarkaði. Í ljósi þess var 11. gr. samkeppnislaga talin taka til áfrýjanda á rannsóknartímabili málsins.

Í IV. kafla ákvörðunar stefnda var lagt mat á aðgerðir áfrýjanda gagnvart Mjólklu I og Mjólkurbúinu Kú ehf., borin saman viðskiptakjör sem áfrýjandi veitti tengdum og ótengdum aðilum og lagt mat á forsendur þeirra. Niðurstaða stefnda var sú að áfrýjandi hefði miðað verð sitt á hrámjólk til ótengdra aðila, Mjólklu I og Mjólkurbúsins Kú ehf., við verðákvörðun verðlagsnefndar á unninni mjólk. Á sama tímabili hefði áfrýjandi selt hrámjólk til tengdra aðila, Kaupfélags Skagfirðinga svf. og Mjólklu II, á mun lægra verði eða lágmarksverð i verðlagsnefndar til bænda í viðskiptum félagsins með hrámjólk. Sú verðmismunun sem Mjólklu I og síðar Mjólkurbúíð Kú ehf. hefðu sætt af hálfu áfrýjanda hefði verið veruleg og þessi fyrirtæki þurft að borga verð sem var á bilinu 9,05% til 17,39% hærra en tengdir aðilar. Ekki var talið að áfrýjandi hefði sýnt fram á að mismunandi kostnaður við sölu eða afhendingu vörunnar eða annað kostnaðarlegt hagræði réttlætti hið hærra verð á mjólk til Mjólklu I og Mjólkurbúsins Kú ehf.

Stefndi komst að þeirri niðurstöðu að framlegðar- og verkaskiptasamkomulag áfrýjanda og Kaupfélags Skagfirðinga svf. 15. júlí 2008 ásamt síðari breytingum hefði ekki verið framkvæmt til jöfnunar á tapaðri framlegð þess síðargreinda vegna verkaskiptingarinnar eins og upphaflega stóð til. Þess í stað hefði Kaupfélag Skagfirðinga svf. greitt áfrýjanda um 175 milljónir króna í verðtilfærslu frá árinu 2008 til ársins 2013 þegar tekið væri mið af inn- og útgreiðslum Kaupfélags Skagfirðinga svf. vegna verðtilfærslu á sama tíma. Þær greiðslur hefðu verið ætlaðar til að bæta upp framlegð áfrýjanda vegna verkaskiptingarinnar samkvæmt samkomulaginu 15. júlí 2008. Það varð einnig niðurstaða stefnda að áfrýjandi hefði veitt Kaupfélagi Skagfirðinga svf. fjárhagslegan ávinning með eftirgjöf á umboðslaunum og skuldum á rannsóknartímabili málsins sem námu alls um 328 milljónum króna. Þá væri ljóst að hefði Kaupfélagi Skagfirðinga svf. og Mjólku II verið gert að greiða sama verð fyrir hrámjólk og keppinautum þeirra hefði hráefniskostnaður þeirra fyrrnefndu orðið um 239 milljónum krónum hærrí á árunum 2008 til 2013 en raun varð á. Það varð einnig niðurstaða stefnda að þessi mismunun hefði veitt Kaupfélagi Skagfirðinga svf. og Mjólku II óeðlilegt forskot í samkeppni á skilgreindum markaði málsins.

Í V. kafla ákvörðunar stefnda var lagt mat á aðgerðir áfrýjanda í ljósi 11. gr. samkeppnislaga um bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Var komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hefði ekki sett fram nein málefnaleg sjónarmið sem gætu réttlætt þessi viðskiptakjör gagnvart fyrirtækjum sem voru bæði í samkeppni við áfrýjanda og tengd fyrirtæki á næsta sölustigi fyrir neðan. Áfrýjandi væri öflugt fyrirtæki með mikla þekkingu á mjólkuriðnaði og mjólkurviðskiptum og starfsmenn hans hefðu setið í verðlagsnefnd búvöru á rannsóknartímabilinu. Hefði áfrýjandi vegið mjög að samkeppnisstöðu Mjólku I og Mjólkurbúsins Kú ehf. sem hefði verið háð áfrýjanda um aðgang að þessu hráefni. Þessi ómálefnalegu viðskiptakjör væru ekki í samræmi við þær ríku skyldur sem hvíldu á áfrýjanda sem markaðsráðandi fyrirtæki samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga.

Í sama kafla í ákvörðun stefnda var einnig fjallað um áhrif verðþrýstings á verðlagningu áfrýjanda en hann hafði við meðferð hins fyrra máls gert athugasemdir við að stefndi hefði ekki lagt mat á þetta atriði. Í umfjöllun stefnda var rakið hvernig markaðsráðandi fyrirtæki getur brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með verðþrýstingi sem snúist í aðalatriðum um ósanngjarnan mun á heildsöluverði viðkomandi aðfangs og smásölu-/afurðaverði á neðra vinnslu- og sölustigi sem geri keppinautum markaðsráðandi fyrirtækja erfitt eða ómögulegt að keppa á neðra sölustigi. Skilyrði slíks verðþrýstings hefðu verið fyrir hendi í þessu máli þar sem áfrýjandi hefði verið

markaðsráðandi fyrirtæki og til staðar verið lóðrétt samþætting þar sem áfrýjandi var í senn birgir og keppinautur viðskiptavina sinna. Þá væri til marks um alvarleika háttsemi áfrýjanda að hann hefði selt ótengdum keppinautum sínum hrámjólk á mun hærra verði en hans eigin framleiðsludeild og tengdir keppinautar þurftu að greiða. Ótengdir keppinautar hefðu þannig þurft að greiða allt að 21% hærra verð fyrir hrámjólk en áfrýjandi til eigin mjólkurvöruframleiðslu. Hefði áfrýjandi þurft að greiða sama verð og Mjólkurbúið Kú ehf. fyrir hrámjólk til eigin vinnslu hefði rekstur hans skilað umtalsverðu tapi. Þannig væri dregið fram með enn skýrari hætti hversu alvarleg og samkeppnishamlandi verðmismunun áfrýjanda hefði í eðli sínu verið gagnvart Mjólk I og Mjólkurbúinu Kú ehf. og voru aðgerðir áfrýjanda metnar sem mjög alvarlegur og langvarandi ólögmætur verðþrýstingur. Loks var rannsakað hvort um ólögmæt viðskiptakjör væri að ræða gagnvart ótengdum fyrirtækjum og ályktað að áfrýjandi hefði ekki sett fram nein málefnaleg sjónarmið sem gætu réttlætt þessi viðskiptakjör gagnvart fyrirtækjum sem hefðu verið bæði háð áfrýjanda um hrámjólk og í samkeppni við hann og tengd fyrirtæki á næsta sölustigi fyrir neðan.

Var ð það niðurstaða stefnda að háttsemi áfrýjanda fæli í sér alvarlegt brot á 11. gr. samkeppnislaga. Fælist brotið í ólögmætum verðmismun samkvæmt c-lið 2. mgr. 11. gr. laganna en einnig væri um að ræða alvarleg brot á reglum 11. gr. um verðþrýsting og óhagkvæm viðskiptakjör.

Í VI. kafla ákvörðunar stefnda var fjallað um brot gegn 19. gr. samkeppnislaga. Rakið var að allt frá því að stefndi hefði fyrst óskað skýringa frá áfrýjanda á þeim mun sem var á verðlagningu fyrirtækisins á hrámjólk í desember 2012 og í eftirfarandi rannsókn vegna meintra brota á 11. gr. samkeppnislaga hefði áfrýjandi aldrei afhent framlegðar- og verkaskiptasamkomulag sitt frá 15. júlí 2008 við Kaupfélag Skagfirðinga svf. Í ákvörðun stefnda kom fram að áfrýjanda hefði ekki getað dulist mikilvægi þessara gagna þegar hann fékk upplýsingabeidnir stefnda í hendur. Það var niðurstaða stefnda að áfrýjandi hefði brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga með því annars vegar að hafa gefið rangar upplýsingar um að Kaupfélag Skagfirðinga svf. hefði fært sig úr framleiðslu á vörum með hærri framlegð í vörur með lægri framlegð og hins vegar að hafa hvorki vísað til né lagt fram umrætt skjal við rannsókn stefnda sem leiddi til ákvörðunar nr. 26/2014.

Í VII. kafla ákvörðunar stefnda var fjallað um viðurlög. Lagt var mat á eðli og umfang brots á 11. gr. samkeppnislaga í ljósi viðmiða 37. gr. laganna. Vísað var til þess að áfrýjandi, sem væri með yfirburðastöðu á íslenskum mjólkurmarkaði, hefði beitt keppinauta sína verðmismunun við kaup þeirra á hrámjólk. Til viðbótar hefði verð á hrámjólk til keppinauta miðast við verð á annarri og dýrari vöru, nánar tiltekið gerilsneyddri mjólk í lausu máli. Keppinautar áfrýjanda hefðu ekki aðeins þurft að sæta því að markaðsráðandi fyrirtæki beitti þá mismunun í verði heldur einnig að félög tengd áfrýjanda (og áfrýjandi sjálfur) fengju þetta hráefni á mun lægra verði sem var til þess fallið að veita þeim verulegt samkeppnisforskot gagnvart Mjólkurbúinu Kú ehf. og áður Mjólkur I. Með þessu móti hefði geta Mjólkurbúsins Kú ehf. og Mjólkur I til þess að keppa við áfrýjanda og tengd félög á markaði fyrir sölu mjólkurafurða verið skert með alvarlegum hætti og markaðsráðandi staða áfrýjanda varin. Það væri til þess fallið að skaða á endanum hagsmuni neytenda.

Við mat á fjárhæð sekta var einnig litið til ítrekunaráhrifa, sbr. 1. mgr. 37. gr. laganna, en í ákvörðun stefnda nr. 39/2006 og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála 13. desember 2006 í máli nr. 8/2006 hefði Osta- og smjörsalan, sem síðar varð hluti af áfrýjanda, verið talin hafa misnotað markaðsráðandi stöðu sína og brotið gegn c-lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga með því að beita Mjólkur I verðmismunun við sölu á undanrennudufti. Í ljósi alvarleika brota áfrýjanda taldi stefndi ekki hjá því komist að leggja verulega íþyngjandi viðurlög á áfrýjanda. Að þessu gættu var sekt ákveðin 440.000.000 króna. Um viðurlög vegna brots á 19. gr. samkeppnislaga var í ákvörðun stefnda litið til þess að um alvarlegt brot hefði verið að ræða sem hefði tafið meðferð málsins. Í því ljósi og til að skapa bæði almenn og sérstök varnaðaráhrif taldi stefndi nauðsynlegt að leggja 40.000.000 króna sekt á áfrýjanda vegna þessa brots.

3

Hinn 4. ágúst 2016 beindi áfrýjandi kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála og krafðist þess aðallega að ákvörðun stefnda yrði felld úr gildi en til vara að hin álagða sekt yrði felld niður eða fjárhæð hennar lækkuð verulega. Með úrskurði nefndarinnar 18. nóvember 2016 í máli nr. 4/2016 var ákvörðunin felld úr gildi að öðru leyti en því að áfrýjandi skyldi greiða 40.000.000 króna stjórnvaldssekt vegna brots á 19. gr. samkeppnislaga.

Allir þrír nefndarmenn áfrýjunarnefndarinnar voru sammála um brot áfrýjanda gegn 19. gr. laganna og álagða stjórnvaldssekt vegna þess. Niðurstaða tveggja nefndarmanna var að samkomulag áfrýjanda og Kaupfélags Skagfirðinga svf. 15. júlí 2008 um framlegð og

verkaskiptingu og síðari breytingar rúmaðist innan 71. gr. búvörulaga og félli utan gildissviðs samkeppnislaga. Þá hefði ekki verið sýnt fram á nein þau atriði við forsendur eða framkvæmd samkomulagsins eða síðari samninga sem gæti orðið grundvöllur sektarákvörðunar í málinu. Loks var tekið fram að þótt stefndi hefði aflað ýmissa gagna og reifað málið að hluta til út frá því að um verðþrýsting eða önnur ólögmet viðskiptakjör væri að ræða af hálfu áfrýjanda hefðu þessi atriði ekki verið metin sjálfstætt. Af því leiddi að ekki væri unnt að taka þau til sérstakrar skoðunar og var þeim því hafnað. Ákvörðun stefnda um brot áfrýjanda á 11. gr. samkeppnislaga var því felld úr gildi.

Einn nefndarmaður taldi í séráliti að staðfesta ætti ákvörðun stefnda um brot áfrýjanda gegn 11. gr. samkeppnislaga og álagða sekt vegna þess. Byggði hann á því að þótt 71. gr. búvörulaga um verkaskiptingu á framleiðslu tiltekinna mjólkurafurða gæti falið í sér heimild til að kveða á um verðtilfærslu því samfara til að jafna framlag mismunandi framleiðslutegunda milli mjólkurbúa, fælist ekki í ákvæðinu sjálfstæð heimild til að gera samninga um heildarjöfnun á framlegð í greininni. Því yrði að skoða mismunun í verðlagningu áfrýjanda í ljósi 11. gr. samkeppnislaga.

4

Bæði áfrýjandi og stefndu höfðu þu mál fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur til ógildingar á úrskurði áfrýjunarnefndarinnar, sbr. 41. gr. samkeppnislaga. Málin voru sameinuð í héraðsdómi 3. maí 2018 með vísan til b-liðar 1. mgr. 30. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Héraðsdómur gekk 29. maí sama ár. Með honum var úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála ógiltur að því leyti sem þar var felldur úr gildi sá hluti ákvörðunar stefnda að áfrýjandi skyldi greiða 440.000.000 króna stjórnvaldssekt í ríkissjóð. Var áfrýjandi talinn hafa brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með mismunun í verðlagningu til tengdra og ótengdra aðila og honum gert að greiða 440.000.000 króna sekt í ríkissjóð. Þá var hafnað kröfum áfrýjanda um að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála yrði ógiltur að því leyti sem honum var gert að greiða 40.000.000 króna sekt vegna brots gegn 19. gr. samkeppnislaga.

Dóminum var áfrýjað til Landsréttar með áfrýjunarstefnu birtri 2. júlí 2018. Undir rekstri málsins í Landsrétti féllst rétturinn á ósk áfrýjanda um dómkvaðningu matsmanns til að leggja mat á eftirfarandi: „1. Hvort Kaupfélag Skagfirðinga hafi við verkaskiptingu samkvæmt svonefndu framlegðar- og verkaskiptasamkomulagi frá 15. júlí 2008 látið frá sér sölu á vörum sem voru með hærri framlegð og tekið við framleiðslu vara með lægri framlegð? 2. Að frádreginni millisölu á hráefnum og fullunnum vörum, hver var framlegð 1 af vinnslu mjólkur á tímabilinu 2008 – 2013 hjá annars vegar Kaupfélagi Skagfirðinga, og hins vegar áfrýjanda af eigin framleiðslu?“ Til að vinna matið var löggiltur endurskoðandi dómkvaddur og skilaði hann matsgerð 26. júní 2019. Einnig gaf hann skýrslu við aðalmeðferð málsins fyrir Landsrétti.

Landsréttur taldi að umrætt samkomulag og atvik málsins yrðu ekki undanskilin gildissviði samkeppnislaga á grundvelli ákvæða búvörulaga og að áfrýjandi hefði með háttsemi sinni brotið gegn c-lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Var niðurstaða héraðsdóms um mat á háttsemi áfrýjanda svo og álagning og fjárhæð sekta vegna brota á 11. og 19. gr. samkeppnislaga staðfest. Í forsendum dóms Landsréttar var meðal annars vísað til þess að ekki yrði séð hvernig sá þáttur samkomulagsins, þar sem mælt var fyrir um sölu áfrýjanda á allt að 3,5 milljónum lítra hrámjólkur til Kaupfélags Skagfirðinga svf. á því lágmarksverði sem gildi um kaup frá bændum, hefði talist nauðsynlegur vegna þeirrar verkaskiptingar sem samkomulagið kvað á um til að bæta tapaða framlegð Kaupfélags Skagfirðinga svf. Meðal annars var litið til fyrrgreindrar matsgerðar um að miðað við forsendur á árinu 2007 hefði Kaupfélag Skagfirðinga svf. haft 23.000.000 króna ávinning af samkomulaginu.

Eftir að málinu var áfrýjað til Hæstaréttar óskaði áfrýjandi þess í beiðni 9. júní 2020 til héraðsdóms að fyrrgreindur matsmaður yrði kvaddur á ný til að svara einni matsspurningu í tilefni af matsgerð sinni 26. júní 2019. Héraðsdómur féllst á það 26. júní 2020. Fram kom að tilgangur hins umbeðna mats væri að hnekkja þeirri fullyrðingu Landsréttar að matsmaðurinn hefði komist að þeirri niðurstöðu að Kaupfélag Skagfirðinga svf. hefði haft 23.000.000 króna ávinning af samkomulaginu. Var þess óskað að matsmaður léti í ljós skriflegt og rökstutt álit á eftirfarandi atriðum: „Er í svari matsmanns við spurningu 1 í matsgerð dags. 26. júní 2019, tekið tillit til þeirra breytinga sem verkaskiptasamkomulagið hafði á verðtilfærslu matsbeiðanda og KS, þ.e. þau áhrif sem samkomulagið hafði á úthlutun til þeirra úr verðtilfærslusjóði árlega? Ef ekki, er óskað eftir því að matsmaður leggi mat á hvort og þá hvaða áhrif þetta hafi á niðurstöðu hans. Óskað er eftir því að tekið verði tillit til allra þeirra atriða sem matsmaður telur að geti skipt máli.“ Matsmaður skilaði viðbótarmatsgerð 3. september 2020 og gaf skýrslu um hana fyrir héraðsdómi 21. sama mánaðar.

III

1

Á frýjandi byggir frávísunarkröfu sína á því að heimildir dómstóla til að endurskoða úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála samkvæmt 1. mgr. 41. gr. samkeppnislaga geti aðeins náð til þess að ógilda úrskurð hennar en ekki að taka nýja ákvörðun um brot á 11. gr. laganna og álagningu sektar. Í máli þessu hafi áfrýjunarnefndin komist að þeirri niðurstöðu að samstarf áfrýjanda og Kaupfélags Skagfirðinga svf. rúmaðist að fullu innan 71. gr. búvörulaga og því ekkert fjallað um hvort áfrýjandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga eða um álagningu sektar vegna slíks brots. Eins og fram komi í 1. og 5. mgr. 37. gr. samkeppnislaga sé það hlutverk stefnda og áfrýjunarnefndar samkeppnismála að leggja á stjórnvaldssektir en dómstólar hafi enga slíka heimild. Með niðurstöðu sinni hafi Landsr áttur tekið fram fyrir hendur á áfrýjunarnefnd samkeppnismála og ákveðið að framkvæma lög in í stað þess að dæma um lögmæti stjórnvaldsákvörðunar í málinu en það samrýmist ekki 2. og 60. gr. stjórnarskrárinnar.

Af hálfu stefnda er byggt á því að dómstólar hafi óskorað vald til að ákvarða sektir í málum sem fjalla um brot á samkeppnislögum svo og um fjárhæð þeirra eins og staðfest hafi verið í dómaframkvæmd. Það væri í ósamræmi við markmið málskotsheimildar stefnda samkvæmt 1. mgr. 41. gr. samkeppnislaga ef jafnræði aðila væri ekki tryggt í þessu tilliti og stefndi gæti ekki krafist þess að sekt, sem hann hefur gert fyrirtæki að greiða og áfrýjunarnefnd síðan lækkað eða fellt niður, verði færð til fyrra horfs með dómi. Einnig sé ljóst að í evrópskum samkeppnisrétti og aðildarríkjum Evrópusambandsins sé skilvirk framkvæmd samkeppnisreglna talin fela í sér áskilnað um að dómstólar hafi óskorað endurskoðunarvald við ákvörðun sektarfjárhæða.

2

Sú meginregla hefur verið leidd af fyrirmælum stjórnarskrárinnar í 2. gr. um þrígreiningu ríkisvalds og 60. gr. um endurskoðun dómstóla á stjórnvalds ákvörðunum að dómstólar s éu almennt ekki bærir til að taka efnislegar ákvarðanir um málefni sem lögum samkvæmt eru á hendi handhafa framkvæmdarvalds. Frá þessari meginreglu er þó að finna ýmsar undantekningar í framkvæmd dómstóla en rök að baki þeim verður að meta í ljósi þess hvers eðlis hin umþrætta stjórnvaldsákvörðun er. Ákvörðun um refsingu eða önnur viðurlög við lögbrotum telst í eðli sínu falla undir verksvið dómsvalds en ekki framkvæmdarvalds. Engu að síður hefur löggjafanum verið talið heimilt að fela stjórnvöldum úrskurðarvald um tiltekin viðurlög á hendur einstaklingum og lögaðilum, svo sem um stjórnvaldssektir vegna brota á lögum, án þess að í bága fari við 2. gr. stjórnarskrárinnar. Slík heimild helgast þó af því að dómstólar skuli eiga lokaorðið eftir að ákvörðun um viðurlög liggur fyrir og hafi víðtækt vald til að endurskoða

efnislega lögmæti slíkrar stjórnvalds ákvörðunar, svo og sönnunaratriði, túlkun lagaatriða og fjárhæð sekta. Þannig er réttur einstaklinga og lögaðila til að bera stjórnvaldsákvörðunir um réttindi sín og skyldur undir dómstóla tryggður svo sem áskilið er í 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar. Þegar dómstólar fjalla um álagningu stjórnvaldssekta sem einstaklingar eða lögaðilar skjóta til þeirra mæla sjónarmið um réttaröryggi og skilvirkni auk þess með því að þeir geti tekið nýja efnislega ákvörðun í máli, þar á meðal að lækka fjárhæð sektar fremur en að ógilda sektarákvörðun og vísa máli til nýrrar sektarákvörðunar fyrir stjórnvaldi. Um slíka framkvæmd við endurskoðun stjórnvaldsákvörðana vitna meðal annars þau fordæmi sem vísað er til í hinum áfrýjaða dómi, sbr. dóma Hæstaréttar 2. október 2008 í máli nr. 640/2007 og 9. febrúar 2012 í máli nr. 205/2011, þar sem dómstólar lækkuðu sektir á fyrirtæki vegna brota á samkeppnislögum.

Stefndi sem stjórnvald nýtur ekki hliðstæðs stjórnarskrárvarins réttar og borgararnir til að bera ákvarðanir æðra stjórnvalds í kærumáli undir dómstóla. Löggjafinn getur engu að síður mælt fyrir um slíka málskotsheimild á grundvelli þess að ríkir almannahagsmunir séu bundnir við að fá úrlausn dómstóla um tiltekið álitafni, sbr. einnig dóm Hæstaréttar 22. september 1998 í máli nr. 297/1998 sem birtur er í dómasafni réttarins það ár á bls. 2821. Þegar málskotsheimild stjórnvalds er þannig bundin í lög styðja sömu rök að dómstólar hafi einnig óskorað endurskoðunarvald gagnvart viðkomandi sektarákvörðun og með því mæla einnig rök um skilvirkni. Dómstólar geta því bæði ógilt ákvörðun og komist að annarri efnislegri niðurstöðu um skýringu laga, álagningu sektar eða fjárhæð út frá mati á saknæmi og alvarleika brots. Þetta markmið birtist glögg í lögskýringargögnum með 4. gr. laga nr. 14/2011 sem bættu í 41. gr. samkeppnislaga málskotsheimild til handa stefnda til að höfða mál fyrir dómstólum til ógildingar á úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála vilji hann ekki una honum. Í skýringum við framangreint ákvæði í greinargerð með frumvarpi til laganna er tekið fram að hlutverk Samkeppniseftirlitsins sé meðal annars að vernda þá lögvörðu almannahagsmuni sem felist í virkri samkeppni og því óeðlilegt að það geti ekki gætt almannahagsmuna til sóknar fyrir dómstólum. Mikilvægt sé að eftirlitið geti varið fyrir dómstólum niðurstöðu ákvarðana sinna sem áfrýjunarnefndin hefur ógilt eða breytt. Slíkt leiði til jafnræðis aðila máls og einnig megi leiða líkur að því að það stuðli að vandaðri málsmeðferð hjá áfrýjunarnefndinni.

Með vísan til framangreinds verður ekki fallist á þá málsástæðu áfrýjanda að dómstólar fari út fyrir stjórnskipulegt hlutverk sitt með því að leggja á sekt í samkeppnismáli samhliða

ógildingu á úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Í ljósi þess að stefnda er gert kleift að verja upphaflega ákvörðun sína sem áfrýjunarnefndin hefur ógilt miðast efri mörk sektar við þá fjárhæð sem þar er ákveðin. Í héraðsstefnu eru raktar málsástæður að baki kröfu stefnda um ógildingu á þeim hluta úrskurðar áfrýjunarnefndar þar sem ákvörðun stefnda var felld úr gildi. Þær byggjast á ítarlegri rannsókn sem lýst var í ákvörðun stefnda þar sem tekin var afstaða til atriða sem þýðingu hafa við mat á því hvort áfrýjandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Það samrýmist því markmiði breytingar á 41. gr. samkeppnislaga með lögum nr. 14/2011 sem fyrr er lýst að dómstólar geti tekið afstöðu til þess hvort áfrýjandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga, sbr. einnig dóm Hæstaréttar 7. janúar 2021 í máli nr. 42/2019.

Samkvæmt framansögðu er hrundið kröfu áfrýjanda um frávísun á kröfum stefnda.

IV

1

Áfrýjandi byggir kröfu sína um sýknu af kröfum stefnda vegna brots gegn 11. gr. samkeppnislaga á því að 71. gr. búvörulaga sé ætlað að gera fyrirtæki sem efnir til samstarfs á þeim grundvelli sem þar getur undanþegið ákvæðum samkeppnislaga, þar með talinni 11. gr. um verðlagningu. Jöfnun framlegðar sé óhjákvæmilegur fylgifiskur samkomulags um heildstæða verkaskiptingu afurðastöðva til framtíðar. Nauðsynleg forsenda þess að Kaupfélag Skagfirðinga svf. féllist á að láta af framleiðslu á framlegðarháum vörum eins og ferskvörum sem færðist til áfrýjanda og einskorða sig við framleiðslu á vörum sem hafa að meðaltali lægri framlegð eins og ostum hafi verið að koma á ákveðinni framlegðarjöfnun. Í því sambandi bendir áfrýjandi á að það hefði verið óvenjuleg ráðstöfun af hálfu löggjafans að heimila afurðastöðvum að skipta verkum milli mjólkursamlaga en banna þeim samhliða að jafna þann mun á framlegð sem af slíkri verkaskiptingu leiddi. Því hefði þurft að taka það fram sérstaklega í ákvæðinu. Til að bæta Kaupfélagi Skagfirðinga svf. framlegðartap hafi félaginu meðal annars verið seld hrámjólk á kostnaðarverði en einnig með öðrum hætti eins og ákvæðum um gagnkvæma sölubóknun og skiptingu flutningskostnaðar. Framlegðarjöfnun hafi tekist afar vel eins og fram komi í fyrirbyggjandi matsgerð og ekki skipti máli hvort framlegðin hafi verið jöfnuð með peningagreiðslum eða sölu á hrámjólk á lægra verði en til annarra fyrirtækja sem ekki ættu í slíku samstarfi.

Áfrýjandi telur að í hinum áfrýjaða dómi sé dregin sú ranga ályktun af matsgerð að Kaupfélag Skagfirðinga svf. hafi ekki tapað framlegð vegna samkomulagsins heldur haft af því

23 milljóna króna ávinning. Ekki sé rétt að horfa einangrað til vöruframlegðar. Í dóminum hafi þannig ekki verið tekið tillit til greiðslna úr verðtilfærslusjóðum sem breyttust vegna verkaskiptingarinnar. Í samkomulaginu hafi sérstaklega verið tilgreint sem framlegðartap Kaupfélags Skagfirðinga svf. að í stað þess að fá 25 milljóna króna tekjur árlega úr verðtilfærslusjóðum vegna framleiðslu sinnar á ferskvörum þyrfti félagið að greiða árlega 31 milljón króna í sjóðinn þar sem framleiðslan hefði færst eingöngu yfir í osta. Þetta hefði því þýtt 56 milljóna króna tekjutap félagsins. Niðurstaða matsmanns hafi rímað í öllum meginatriðum við þessa forsendu í samkomulaginu sem hafi verið staðfest í viðbótarmatsgerð sem áfrýjandi hafi óskað eftir.

Stefndi byggir á því að samkomulagi aðila hafi í reynd verið ætlað að jafna framlegð félaganna óháð slíkri verkaskiptingu þannig að þau hefðu hlutfallslega svipaða framlegð og að breyting á sölubóknun hafi verið notuð til að færa verðmæti á milli þegar hallað hafi á annað hvort þeirra. Þetta sé staðfest með skýrum hætti í samtímagögnum sem stefndi hafi aflað frá áfrýjanda við meðferð málsins, meðal annars í samantekt sem hann afhenti stefnda 28. janúar 2015 um framkvæmd samkomulagsins við Kaupfélag Skagfirðinga svf. Þar komi fram að samstarfið hafi í raun skilað mun hagstæðari niðurstöðu fyrir Kaupfélag Skagfirðinga svf. en gert var ráð fyrir. Þetta hafi einnig kallað á breytingar á samkomulaginu. Þannig hafi fyrirtækin á árinu 2010 gert samkomulag um sérstaka greiðslu Kaupfélags Skagfirðinga svf. til áfrýjanda vegna þess að framlegð armunurinn hafi breyst félaginu í hag vegna umtalsverðrar veltuaukningar sem hafi fylgt tilfærslu verkefna á borð við rifostagerð. Af framlegð fyrirtækjanna tveggja á árunum 2010 og 2011 sé ljóst að sveiflan hafi verið Kaupfélagi Skagfirðinga svf. í hag en áfram hafi verið framlegðarvöntun hjá áfrýjanda og því hafi verið gert samkomulag um 40 milljóna króna greiðslu félagsins til áfrýjanda á árinu 2012. Um framlegð fyrirtækjanna á árunum 2012 og 2013 segir síðan að ljóst sé að halla muni á áfrýjanda í verkaskiptunum. Vafalaust sé að framlegð Kaupfélags Skagfirðinga svf. hafi margfaldast eftir að verkaskiptingin komst á. Staðhæfing áfrýjanda um að bæta hafi þurft Kaupfélagi Skagfirðinga svf. upp tapaða framlegð eigi því ekki við rök að styðjast. Auk þess veiti ákvæði búvörulaga enga heimild fyrir afurðastöð í markaðsráðandi stöðu til að krefja smáa og ótengda keppinauta um mun hærra verð en sína eigin framleiðsludeild.

Efni framlegðar- og verkaskiptasamkomulags áfrýjanda og Kaupfélags Skagfirðinga svf. 15. júlí 2008 og síðari breytinga á því er ítarlega rakið í hinum áfrýjaða dómi og ákvörðun stefnda. Markmið þess var að fastsetja verkaskiptingu í framleiðslu mjólkurvara og samhliða því framlegðarskipti vegna framleiddra mjólkurvara með tilliti til verkaskiptingar í mjólkurvinnslu og sölu hráefnis og fullunninna vara milli áfrýjanda og Kaupfélags Skagfirðinga svf. Þar kom fram að til að mæta framlegðartapi Kaupfélags Skagfirðinga svf. vegna samkomulagsins skyldi áfrýjandi selja félaginu allt að 3,5 milljónir lítra af mjólk á ársgrunni á verðlagi sem tæki mið af skráðu lágmarksverði Verðlagsnefndar búvöru fyrir meðalmjólk (afurðastöðvaverði), en ofan á skráð lágmarksverð skyldu bætast lítratengd sjóðagjöld. Var umrætt framlegðartap Kaupfélags Skagfirðinga svf. sett í samhengi við lækkun tekna úr verðtilfærslusjóði um 56 milljónir króna árlega auk þess sem heildsölutekjur félagsins af því að framleiða eingöngu ost í stað ferskvara myndu minnka um 47 milljónir króna til viðbótar eða samtals um 103 milljónir króna. Þegar einnig væri tekið tillit til 62 milljóna króna lægri kostnaðar félagsins vegna breyttrar verkaskiptingar yrðu nettóáhrifin 41 milljónar króna framlegðartap. Þann mismun yrði að leiðrétta auk 24 milljóna króna viðbótar út af skiptingu framlegðar vegna verkaskiptingar á markaði. Eftir að ákvörðun stefnda nr. 26/2014 lá fyrir 22. september 2014 ákváðu fyrirtækin að breyta samkomulaginu. Þaðan í frá væru verðmætatilfærslur í samstarfinu gerðar samkvæmt reikningi eftir uppreikning hvers árs. Með því greiddu aðilar að framleiðslusamstarfinu fyrir ávinning með beinum peningatilfærslum en ekki í gegnum hráefnis- og vöruverð.

Í ákvörðun stefnda og hinum áfrýjaða dómi er lýst forsögu og markmiði með setningu laga nr. 85/2004 sem færðu 71. gr. búvörulaga í núverandi mynd. Með sömu lögum var breytt ákvæði 3. mgr. 13. gr. laganna, sem síðar færðist í 4. mgr. með lögum nr. 102/2016, og kveðið á um að þrátt fyrir ákvæði samkeppnislaga sé afurðastöðvum í mjólkuriðnaði heimilt að gera samninga sín í milli um verðtilfærslu milli tiltekinna afurða og leggja skuli slíka samninga fyrir verð tilfærslunefnd til upplýsingar. Samkvæmt greinargerð með því frumvarpi sem varð að lögum nr. 85/2004 var því ætlað 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.“ Þá var vísað til þess markmiðs með breytingu á framangreindum ákvæðum búvörulaga að gera afurðastöðvum í mjólkuriðnaði kleift að mæta harðnandi samkeppni erlendis frá þar sem líklegt væri að tollar myndu lækka á samkeppnisvörum í kjölfar skuldbindinga ríkisins vegna samninga

aðildarríkja Alþjóðavið skiptastofnunarinnar og þeirrar stefnu stjórnvalda að verðlagning á landbúnaðarvörum yrði gefin frjáls þegar markaðsaðstæður sköpuðust til þess að verðmyndun gæti orðið á grundvelli framboðs og eftirspurnar.

Samkvæmt 71. gr. búvörulaga er afurðastöðvum í mjólkuriðnaði, þrátt fyrir ákvæði samkeppnislaga, heimilt að gera með sér samkomulag um verkaskiptingu milli mjólkursamlaga að því er varðar framleiðslu einstaka mjólkurvara og hafa með sér annars konar samstarf til að halda niðri kostnaði við framleiðslu, geymslu og dreifingu mjólkurafurða. Slíkt samstarf getur stuðlað að framförum og aukinni hagkvæmni í búvöruframleiðslu og vinnslu og sölu búvara til hagsbóta fyrir framleiðendur og neytendur og þannig þjónað þeim markmiðum sem sett eru í 1. gr. laganna. Fallast verður á með áfrýjanda að forsenda samstarfs afurðastöðva um að skipta með sér verkum til að ná fram ákveðinni sérhæfingu og hagræðingu geti verið að bæta þá tilfærslu á framlegð sem beinlínis leiðir af slíkri verkaskiptingu, en ella væri enginn hvati til að gera slíkt samkomulag fyrir afurðastöðvar sem tapa framlegð. Af 4. mgr. 13. gr. búvörulaga, forsögu hennar og tengslum við 71. gr. laganna, sem ítarlega eru rakin í ákvörðun stefnda og hinum áfrýjaða dómi, verður ályktað að afurðastöðvum sé heimilt að semja um að jafna út tapaða framlegð sem beinlínis leiðir af slíkri verkaskiptingu þrátt fyrir ákvæði samkeppnislaga. Um það hvaða aðferð aðilar megi beita sín í milli til jöfnunar framlegðar er engar vísbendingar að finna í ákvæðum búvörulaga eða lögskýringargögnum. Í ákvörðun meirihluta áfrýjunarnefndar kemur fram að s ú aðferð að selja hrámjólk á tilteknu lágu verði til að jafna framlegð vegna verkaskiptingar við framleiðslu á mjólkurvörum sé ekki bönnuð samkvæmt búvörulögunum heldur ein af mörgum aðferðum sem til greina getur komið.

Hvað sem því líður er ljóst að markmið samkomulags áfrýjanda við Kaupfélag Skagfirðinga svf. 15. júlí 2008 og framkvæmd þess voru ekki einskorðuð við afkomusköptingu vegna einstaka tegunda framleiðsluvara tengdum verkaskiptingunni svo sem vegna breytinga á tekjum og gjöldum úr verðtilfærslusjóði. Samkomulagið miðaði einnig að heildarjöfnun á hlutfallslegri framlegð í greininni óháð þeirri verkaskiptingu afurðastöðva, eins og hún kynni að vera ákveðin hverju sinni. Þetta markmið er ekki eingöngu sett skýrlega fram í 1. gr. samkomulagsins heldur er það stutt af gögnum málsins sem aflað var í rannsókn stefnda og stafa meðal annars frá áfrýjanda sjálfum í útskýringum á framkvæmd samkomulagsins. Á grundvelli árlegs mats sem fram fór á þróun í sölu einstaka mjólkurafurða og framlegðar var uppgjör framkvæmt með verðmætatilfærslum milli áfrýjanda og Kaupfélags Skagfirðinga svf., svo sem

með beinum greiðslum eða breytingum á sölupóknun. Þannig kemur ótvírætt fram að greiðslur hafi farið á milli aðila til að jafna framlegð fyrirtækjanna á báða bóga. Þá var orðið ljóst að enn hallaði á áfrýjanda í framlegð í árslok 2013. Óskaði áfrýjandi þá eftir því að forsendur samstarfsins við Kaupfélag Skagfirðinga svf. yrðu endurskoðaðar í heild, nýjar forsendur settar fyrir framlegðarskiptum félaganna og samningurinn endurgerður frá grunni en ekki tókust samningar um það.

Um mat á áhrifum samkomulagsins á framlegð Kaupfélags Skagfirðinga svf. er meðal annars fjallað í matsgerð 26. júní 2019 sem áður var lýst. Svo sem fram kemur í hinum áfrýjaða dómi var í síðari matsspurningunni sett fram tafla um framlegð 1 í tilviki áfrýjanda annars vegar og Kaupfélags Skagfirðinga svf. hins vegar. Með framlegð 1 er átt við nettósölutekjur að frádreginni vörunotkun. Kemur þar meðal annars fram að ætluð framlegðarprósenta áfrýjanda án viðskipta við Kaupfélag Skagfirðinga svf. hafi verið 36,45% fyrir árið 2007, 34,53% 2008, 32,10% 2009, 34,56% 2010, 34% 2011, 35,61% 2012 og 34,62% 2013. Áætluð framlegðarprósenta Kaupfélags Skagfirðinga svf. af vinnslu mjólkur hafi hins vegar verið 30,21% fyrir árið 2007, 34,44% 2008, 31,23% 2009, 35,42% 2010, 32,56% 2011, 33,23% 2012 og 32,51% 2013. Eins kemur fram yfirlit yfir framlegð 1 í krónutölu fyrir Kaupfélag Skagfirðinga svf. en af því sést að frá árinu 2007 til og með árinu 2013 jókst árleg heildarframlegð Kaupfélags Skagfirðinga svf. úr 243.732.763 krónum í 1.209.585.956 krónur. Eins og fram kom í skýrslu matsmanns fyrir héraðsdómi er hér um að ræða heildartölur um framlegð af öllum vörum sem Kaupfélag Skagfirðinga svf. framleiddi að teknu tilliti til verðhækkana og framleiðslubreytinga.

Af framangreindu verður ályktað að á næstu fimm árum eftir að aðilar gerðu samkomulagið 15. júlí 2008, sem fól í sér að Kaupfélag Skagfirðinga svf. lét frá sér framleiðslu á ferskvörum en tók við framleiðslu á ostum, þar með talið rifostum, nærfellt fimmfaldaðist heildarframlegð félagsins. Áfrýjandi hefur í máltilbúnaði sínum lagt höfuðáherslu á að í mjólkurvöruframleiðslu hafi ostar að meðaltali lægri framlegð en ferskvörur, meðal annars vegna minni tekna úr verðtilfærslusjóði og að markmið með lækkuðu verði á hrá mjólk til Kaupfélags Skagfirðinga svf. hafi verið að bæta upp þetta framlegðartap. Ekki verður þó litið fram hjá því að samkomulagið 15. júlí 2008 leiddi sem fyrr segir í reynd til mikillar veltuaukningar Kaupfélags Skagfirðinga svf. vegna gríðarlegrar söluaukningar á rifosti og er aukin framlegð 1 vegna framleiðslu rifosts meðtalin í framangreindum tölum um framlegð félagsins. Hvað sem líður

framlegðartapi Kaupfélags Skagfirðinga svf., meðal annars vegna lægri tekna úr verðtilfærslusjóði eftir að hafa tekið við framleiðslu á ostum, verður ekki fallist á að þurft hafi að bæta Kaupfélagi Skagfirðinga svf. upp tapaða framlegð enda staðfesta gögn um framkvæmd samkomulagsins það gagnstæða, að samstarfið skilaði því mun hagstæðari niðurstöðu en gert var ráð fyrir.

Sem fyrr segir getur samkomulag um verkaskiptingu við framleiðslu mjólkurafurða á grundvelli 71. gr. búvörulaga falið í sér fjárhagslegt uppgjör vegna tapaðrar framlegðar sem leiðir beinlínis af slíkri verkaskiptingu. Á hinn bóginn verður ekki ályktað af umræddum breytingarlögum nr. 85/2004, sem ætlað var að eyða ákveðinni réttaróvissu, eins og að framan var rakið, að með þeim yrði markaðsráðandi afurðastöð í mjólkuriðnaði undanþegin gildissviði 11. gr. samkeppnislaga og hún gæti með verðlagningu sinni á grundvallarhráefni mismunað afurðastöðvum tengdra og ótengdra aðila sem þætti í samkomulagi um að jafna hlutfallslega framlegð fyrirtækja. Má enn fremur benda á þau ummæli í greinargerð með frumvarpi til fyrrgreindra laga að fara bæri varlega þegar lagður væri sá skilningur í lagaákvæði að þau undanskildu tiltekna þætti í atvinnustarfsemi gildissviði samkeppnislaga. Slík frávik frá almennum reglum bæri jafnan að túlka þröngt og því þyrfti með skýrum lagatexta að undanskilja ákveðna þætti landbúnaðarins gildissviði samkeppnislaga. Verður að álykta af þessu að hefði ætlun löggjafans verið að heimila mismunun í verðlagningu og frávik frá 11. gr. laganna við þær aðstæður sem uppi eru í máli þessu hefði slík undantekning frá samkeppnislögum þurft að vera orðuð með skýrum hætti.

Í samkomulagi aðila kuldbatt áfrýjandi sig til að selja Kaupfélagi Skagfirðinga svf. og síðar einnig Mjólkú II ákveðið magn hrámjólkur á verði sem var allt að 17% lægra en til ótengdra afurðastöðva svo sem Mjólkú I og Mjólkurbúsins Kú ehf. Tók áfrýjandi að selja Kaupfélagi Skagfirðinga svf. mikið magn hrámjólkur á þessu lága verði strax þegar samkomulagið tók gildi 2008 þrátt fyrir að verkaskipting um það samkvæmt samkomulaginu hæfist ekki í eiginlegri mynd fyrr en seint á árinu 2009. Á sama tíma var ótengdum afurðastöðvum seld sama vara, ógerilsneydd hrámjólk, á sama verði og gerilsneydd mjólk sem er meira unnin vara.

Áfrýjanda hefur samkvæmt framansögðu ekki tekist að sýna fram á að þessi mismunun í verðlagningu hafi verið óhjákvæmilegur þáttur í samstarfi aðila á grundvelli 71. gr. búvörulaga eða hvílt á öðrum heimildum laganna. Í því sambandi ber einnig að líta til þess sérstaklega að

Mjólka II var ekki aðili að umræddu samkomulagi áfrýjanda við Kaupfélag Skagfirðinga svf. um verkaskiptingu og framlegðarjöfnun. Samkvæmt gögnum málsins var það hins vegar markmið áfrýjanda að tryggja nægilega afkomu Mjólku II til að greiða niður skuldir með því að fyrirtækið fengi allt að 600.000 lítra af hrámjólk á sama lágmarksverðinu og greitt væri til bænda.

Að öllu framangreindu virtu verður að hafna þeirri niðurstöðu áfrýjunarnefndar samkeppnismála að samkomulagið 15. júlí 2008 og framkvæmd þess hafi rúmast innan heimilda 71. gr. búvörulaga. Þar með er einnig hafnað þeirri málsástæðu áfrýjanda að 11. gr. samkeppnislaga um misnotkun á markaðsráðandi stöðu hafi ekki gilt um verðlagningu á hrámjólk til Mjólkurbúsins Kú ehf. og Mjólku II. Því verður að meta hvort mismunun áfrýjanda á verðlagningu hrámjólkur á milli tengdra og ótengdra aðila hafi samræmst 11. gr. samkeppnislaga.

V

1

Áfrýjandi mótmælir því að mismunandi verðlagning á hrámjólk feli í sér verðmismunun í skilningi c-liðar 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga, enda séu ekki uppfyllt skilyrði ákvæðisins að um sams konar viðskipti sé að ræða gagnvart viðskiptaaðilum. Hafi viðskipti hans við Kaupfélag Skagfirðinga svf. svo og Mjólku II hvílt á margþættu samstarfi á grundvelli 71. gr. búvörulaga og margvíslegra gagnkvæmra skyldna svo sem um framleiðslu á vörum óháð framlegð þeirra og kaup á vörum hvors annars. Niðurstaða um það hvort viðskipti séu sams konar ráðist af fjöldamörgum þáttum sem litið hafi verið fram hjá í hinum áfrýjaða dómi. Þá sé niðurstaða í ákvörðun stefnda um skilgreiningar á markaði og skaðleg áhrif verðlagningar áfrýjanda á hrámjólk á samkeppni ófullnægjandi og engar vísbendingar um að samkeppnisstaða Mjólku I eða Mjólkurbúsins Kú ehf. hafi verið veikt vegna hennar. Loks séu engin gögn í málinu um meinta innri verðlagningu áfrýjanda, enda ljóst að eigin framleiðsludeild hans geti ekki talist viðskiptaaðili samkvæmt c-lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga.

Stefndi telur þvert á móti að viðskipti áfrýjanda hafi falið í sér eins skýrt brot á c-lið 1. mgr. 11. gr. samkeppnislaga og hugsast getur. Ákvæðið banni að viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra veikt. Með viðskiptaaðila sé hvort heldur átt við aðila sem sé tengdur eða ótengdur hinu markaðsráðandi fyrirtæki eða einingu eða deild innan fyrirtækisins. Þannig eigi brot gegn c-lið 2. mgr. 11. gr. einnig við ef keppinautur fyrirtækis eins og áfrýjanda sem sé í markaðsráðandi stöðu á

hráefnismarkaði þurfi að greiða hærra verð fyrir hráefni en framleiðsludeild þess. Þá hafi enn frekari verðmismunun milli eigin framleiðsludeildar og keppinauta á hrámjólki falið í sér mismunun áfrýjanda á markaðsráðandi stöðu sé hún metin eftir reglum 11. gr. samkeppnislaga um ólögmetan verðþrýsting og ólögmet viðskiptakjör. Með þessu móti hafi geta ótengdra aðila til þess að keppa við áfrýjanda og tengd félög verið skert með alvarlegum hætti og markaðsráðandi staða samstæðu áfrýjanda varin.

2

Eins og fram kemur í hinum áfrýjaða dómi og ákvörðun stefnda er áfrýjandi eina fyrirtækið hér á landi sem selur öðrum mjólkurvöruframleiðendum hrámjólki í heildsölu, ásamt því að nýta hana til eigin framleiðslu, og er hann jafnframt talinn taka við 90% af þeirri hrámjólki sem bændur framleiða. Er því ekki undirorpið vafa að áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu, sbr. 4. tölulið 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga. Kemur þá til úrlausnar hvort áfrýjandi hafi í skilningi 11. gr. samkeppnislaga misnotað þá stöðu sína á mörkuðum málsins. Taka verður mið af þeirri sérstöðu hrámjólkur á markaði að hún hefur mjög takmarkaða staðgöngu við aðrar vörur og er undirstöðuhráefni til að framleiða margvíslegar mjólkurafurðir sem ekki væri hægt að skipta út fyrir annað hráefni. Kostnaður við hana vegur þungt við framleiðslu á öllum mjólkurvörum óháð því hvaða afurðir eru framleiddar úr henni. Hefur því ekki þýðingu eins og áfrýjandi heldur fram hvort ótengdir keppinautar og fyrirtæki tengd áfrýjanda framleiddu sams konar mjólkurvörur úr hrámjólkinni. Er því fallist á röksemdir stefnda um að ekki ráði úrslitum hvort báðir aðilar framleiða nákvæmlega sömu vöruna úr hrámjólki enda nægir að þeir geti gert það.

Fyrir liggur að áfrýjandi miðaði verð sitt á hrámjólki til Mjólkur I og Mjólkurbúsins Kú ehf. við verðákvörðun verðlagsnefndar búvara á mjólki í lausu máli jafnvel þótt að um ógerilsneydda mjólki hafi verið að ræða. Í gögnum málsins liggur fyrir staðfesting frá nefndinni 10. desember 2013 um að með mjólki í lausu máli hafi á þessum tíma verið átt við gerilsneydda en ópakkaða mjólki. Á sama tíma miðaði áfrýjandi verð á hrámjólki til tengdra aðila, Kaupfélags Skagfirðinga svf. og Mjólkur II, við mun lægra verð eða það lágmarksverð sem verðlagsnefnd ákvað fyrir mjólki til bænda. Af þessum sökum var sú verðmismunun sem Mjólkur I og síðar Mjólkurbúið Kú ehf. sætti af hálfu áfrýjanda veruleg og þurftu þessi fyrirtæki að borga verð sem nam allt að 17% hærra verði en Mjólkur II og Kaupfélag Skagfirðinga svf. greiddu fyrir vöruna. Hefði hinum tengdu félögum verið gert að greiða sama háa verð og keppinautar þeirra fyrir hrámjólki hefði

hráefniskostnaður þeirra orðið um 239 milljónum krónum hærrí á árunum 2008 til 2013 en raun varð á.

Fallist er á þá niðurstöðu hins áfrýjaða dóms að þessi mismunun hafi veitt Kaupfélagi Skagfirðinga svf. og Mjólku II óeðlilegt forskot í samkeppni á skilgreindum markaði málsins. Í ljósi yfirburða áfrýjanda og veikri samkeppni á hinum skilgreinda markaði málsins var með þessu verklagi vegið mjög að samkeppnisstöðu Mjólku I og Mjólkurbúsins Kú ehf. sem voru háð áfrýjanda um aðgang að þessu hráefni. Þá verður að fallast á að þessi ómálefnalegu viðskiptakjör hafi ekki samrýmst þeim skyldum sem hvíldu á áfrýjanda sem markaðsráðandi fyrirtæki samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga. Áfrýjandi er fyrirtæki með mikla þekkingu á mjólkuriðnaði og mjólkurviðskiptum og í reynd með yfirburðastöðu á mjólkurmarkaði. Í þessu ljósi var háttsemi áfrýjanda sérlega alvarleg.

Mismunun í verðlagningu verður ekki réttlætt með vísan til ákvæða búvörulaga svo sem fyrr var lýst. Þá hefur áfrýjanda ekki tekist að sýna fram á hlutlægar ástæður sem réttlættu hana, en sönnunarbyrði um slíkt hvílir á honum. Verður að öllu framangreindu virtu og öðru leyti með vísan til forsendna dóms Landsréttar fallist á niðurstöðu hans að með mismunandi kjörum hafi áfrýjandi, sem markaðsráðandi fyrirtæki, mismunað viðskiptaaðilum með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum, veikt þannig samkeppnisstöðu þeirra og með því brotið með alvarlegum hætti gegn c-lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga.

Stefndi byggir einnig á því að með verðlagningu áfrýjanda á hrámjólk til eigin framleiðsludeildar, sem var ekki þáttur í framangreindu samkomulagi frá 15. júlí 2008, hafi verið brotið gegn c-lið 2. mgr. 11. gr. laganna og telur staðhæfingu í hinum áfrýjaða dómi um annað ekki standast. Í þessu sambandi verður að byggja á þeirri viðurkenndu túlkun í samkeppnisrétti að með viðskiptaaðila í skilningi á kvæðisins sé átt við aðila með sjálfstæða efnahagslega starfsemi en ekki hluta af sama fyrirtæki, sbr. einnig dóm EFTA-dómstólsins frá 22. september 2016 í máli E-29/15 Sorpa bs. gegn Samkeppniseftirlitinu, þar sem reyndi á skýringu hliðstæðs hugtaks í c-lið 2. mgr. 54. gr. samnings um Evrópska efnahagssvæðið, sbr. lög nr. 2/1993. Stefndi hefur ekki lagt fram gögn til að sýna fram á hvernig framleiðsludeild áfrýjanda uppfylli þetta skilyrði eða hvernig skipulagi og stöðu hennar gagnvart fyrirtækinu er háttað.

Í ákvörðun stefnda er hins vegar rökstutt hvernig verðlagning áfrýjanda á hrámjólk til eigin framleiðsludeildar hafi í eðli sínu verið bæði alvarleg og samkeppnishamlandi gagnvart Mjólkku I og Mjólkurbúinu Kú ehf. sem þurftu að greiða allt að 21% hærra verð fyrir hrámjólk. Hér verður lagt til grundvallar að áfrýjandi er lóðrétt samþætt og markaðsráðandi fyrirtæki í heildsölu á hrámjólk og jafnframt keppinautur viðskiptavina sinna í heildsölu á mjólkurvörum framleiddum úr hráefninu. Þannig er áfrýjandi í yfirburðastöðu á því sviði sem gerir samkeppnisumhverfið enn viðkvæmara. Færð eru töluleg rök fyrir því í ákvörðun stefnda að rekstur áfrýjanda hefði ekki staðið undir sér heldur skilað umtalsverðu tapi á tímabilinu 2008 til 2013 hefði hann þurft að greiða sama verð og Mjólkka I og Mjólkurbúið Kú ehf. fyrir hrámjólk til mjólkurafurðaframleiðslu sinnar. Þótt áfrýjanda hafi gefist kostur á að taka til andsvara við ályktunum stefnda um þessar málsástæður allt frá því hann fékk andmælaskjal stefnda 22. október 2015 kaus hann að gera það ekki með rökstuddum hætti. Verður samkvæmt framangreindu fallist á þá niðurstöðu stefnda að sú mikla mismunum sem var á verðlagningu áfrýjanda á hrámjólk til ótengdra aðila og verði til eigin framleiðslu hafi falið í sér alvarlegan og langvarandi verðþrýsting sem var einnig fallinn til að verja markaðsráðandi stöðu áfrýjanda og þannig hafi þessi háttsemi falið í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga.

VI

Samkvæmt 1. mgr. 19. gr. samkeppnislaga getur Samkeppniseftirlitið krafist einstök fyrirtæki, fyrirtækjahópa og samtök fyrirtækja, sem lögin taka til, um allar upplýsingar sem nauðsynlegar þykja við athugun einstakra mála. Upplýsinga er hægt að krefjast munnlega eða skriflega og skulu þær gefnar innan hæfilegs frests sem stofnunin setur. Þá getur það samkvæmt 2. mgr., með sömu skilyrðum og greinir í 1. mgr., krafist þess að fá gögn afhent til athugunar og skulu þau þá afhent innan hæfilegs frests sem stofnunin setur.

Af hálfu áfrýjanda er byggt á því að hann hafi ekki vanrækt upplýsingaskyldu samkvæmt 19. gr. samkeppnislaga með því að afhenda ekki framlegðar- og verkaskiptasamkomulagið við Kaupfélag Skagfirðinga svf. fyrir en með kærnu sinni til áfrýjunarnefndar í fyrri meðferð samkeppnisyrivalda á málinu. Stefndi hafi aldrei farið fram á að umrætt samkomulag yrði afhent og ljóst sé að 1. og 2. mgr. 19. gr. laganna feli ekki í sér skyldu fyrirtækja til að afhenda gögn að eigin frumkvæði. Jafna megi stjórnvaldssekt fyrir brot á samkeppnislögum til refsiviðurlaga í skilningi 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu og því beri að skýra þröngt ákvæði um álagningu

sekta. Með því að fallast á frumkvæðisskyldu fyrirtækja í þessu tilliti verði í raun lögð hlutlæg refsíábyrgð á fyrirtæki sem engin lagaheimild sé fyrir.

Stefndi leitaði upplýsinga og gagna frá áfrýjanda í fyrri rannsókn sinni á málinu sem nauðsynlegar töldust til að útskýra mismunandi verðlagningu á hrámjólk. Voru svör áfrýjanda í fyrstu misvísandi en þar var í senn vísað til þess að um ólík viðskipti væri að ræða og verðlagningin skýrðist af mismunandi kostnaði. Þá komu einnig fram skýringar áfrýjanda sem ekki stóðust að hið lága verð á hrámjólk til Kaupfélags Skagfirðinga svf. væri ákveðið af verðlagsnefnd búvara samkvæmt 1. mgr. 8. gr. búvörulaga. Þótt áfrýjandi hafi tekið fram að samstarf og verkaskipting milli aðila hafi hvílt á 71. gr. búvörulaga, þegar hann var inntur eftir skýringum og gögnum í rannsókn stefnda, lét hann hjá líða að afhenda eða greina frá að fyrir lægi skriflegt samkomulag um skyldu hans til að selja Kaupfélagi Skagfirðinga svf. allt að 3,5 milljónir lítra af hrámjólk sem jafngilti lágmarksverði fyrir mjólk til bænda. Þegar áfrýjandi lagði samkomulagið fyrst fram með kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála á fyrri ákvörðun stefnda var auk þess ljóst að hann taldi það sjálfur mikilvægasta gagnið til skýringar á þeim verðmun sem hann var spurður um í upphafi.

Eins og rakið er í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála og í hinum áfrýjaða dómi var stefnda ekki ljós tilvist samkomulagsins við fyrri rannsókn málsins og því var honum ókleift að krefjast þess að áfrýjandi afhenti það. Umrætt skjal hafði hins vegar grundvallarþýðingu til útskýringar fyrir málið. Verður sú rökréttu krafa leidd af 1. mgr. 19. gr. samkeppnislaga að áfrýjanda hafi verið skylt að afhenda stefnda samkomulagið þegar stefndi innti hann eftir skýringum á verðlagningu hrámjólkur til Kaupfélags Skagfirðinga svf. Jafnframt er hafnað þeirri málsástæðu áfrýjanda að með slíkri skýringu á 19. gr. laganna sé með ólögmetum hætti lögð á hann frumkvæðisskylda eða hlutlæg refsíábyrgð sem fari í bága við 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994. Í því sambandi skal áréttað að þagnarréttur lögaðila nýtur ekki sérstakrar verndar framangreinds ákvæðis hvað varðar skyldu til að leggja fram gögn sem þegar eru til við rannsókn samkeppnisyfirvalda, sbr. til hliðsjónar dóm undirréttar Evrópudómstólsins 14. mars 2014 í máli T-297/11, Buzzi Unicem SpA gegn framkvæmdastjórninni.

Að framangreindu virtu verður fallist á niðurstöðu hins áfrýjaða dóms að í þessari háttsemi áfrýjanda hafi falist brot gegn 19. gr. samkeppnislaga.

VII

Í b- og i-lið 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga er kveðið á um að Samkeppniseftirlitið leggi stjórnvaldssekt á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja sem brjóta gegn banni samkvæmt 11. gr. laganna og skyldu til að veita upplýsingar og afhenda gögn samkvæmt 19. gr. Í 2. mgr. 37. gr. laganna er mælt fyrir um að sektir geti numið allt að 10% af heildarveltu síðasta rekstrarárs hjá hverju því fyrirtæki eða þeim samtökum fyrirtækja sem aðild eigi að broti. Við ákvörðun um fjárhæð sekta skal hafa hliðsjón af eðli og umfangi brota, hvað brot hafa staðið lengi og hvort um ítrekað brot er að ræða. Ýmsir aðrir þættir geta þó haft áhrif við ákvörðun sektarfjárhæðar, þar á meðal að álögð sekt sé til þess fallin að skapa varnaðaráhrif meðal annars með tilliti til fjárhagslegs styrkleika aðila.

Í ákvörðun sinni lagði stefndi 440.000.000 króna stjórnvaldssekt á áfrýjanda fyrir brot gegn 11. gr. samkeppnislaga og 40.000.000 króna stjórnvaldssekt fyrir brot gegn 19. gr. sömu laga. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála staðfesti síðarnefndu sektina en felldi hina fyrrnefndu úr gildi í ljósi þess að ekki var talið um brot áfrýjanda að ræða á 11. gr. laganna.

Eins og rakið er að framan er fallist á þá niðurstöðu hins áfrýjaða dóms og ákvörðun stefnda, andstætt niðurstöðu áfrýjunarnefndarinnar, að áfrýjandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Í ákvörðun stefnda um fjárhæð sektar var virt til þyngingar að um ítrekuð brot áfrýjanda væri að ræða. Var í því sambandi vísað til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála 13. desember 2006 í máli nr. 8/2006 um að Osta- og smjörsalan, forveri áfrýjanda, hefði brotið gegn c-lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga og misnotað markaðsráðandi stöðu sína með því að selja tengdum aðila, Ostahúsinu, og ótengdum, Mjólku I, undanrennuduft á mismunandi verði. Óumdeilt er að þegar fyrirtæki áfrýjanda var stofnað í árslok 2006 gekk Osta- og smjörsalan inn í hið nýja rekstrarfélag og færðist framleiðslan jafnframt þangað auk þess sem áfrýjandi tók við öllu sölu- og markaðsstarfi fyrirtækisins. Er því ljóst að sú efnahagslega starfsemi sem Osta- og smjörsalan hafði með höndum var að öllu leyti færð til áfrýjanda. Af skýringu á hugtakinu fyrirtæki í 11. og 37. gr. samkeppnislaga leiðir að brot sem eru framin í nafni eins lögaðila geta leitt til ítrekunaráhrifa gagnvart öðrum ef viðkomandi aðilar eru í raun hluti af sama fyrirtækinu. Fallist verður á að fyrrgreint brot hafi ítrekunaráhrif þótt ekki hafi verið ákveðin sekt í fyrra málinu, sbr. einnig dóm Evrópudómstólsins 8. febrúar 2007 í máli C-3/06 P, Groupe Danone gegn framkvæmdastjórninni. Hefði áfrýjanda af þessari ástæðu enn frekar mátt vera ljóst að samkomulag hans um mismunandi viðskiptakjör með hrámjólk gagnvart tengdum og ótengdum

aðilum myndi raska samkeppni, en samkomulagið kom til framkvæmda innan við tveimur árum eftir að fyrrgreindur úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 8/2006 lá fyrir.

Telja verður að brot áfrýjanda gegn 11. gr. samkeppnislaga, sem fólst í því að fyrirtæki ótengd honum þurftu að greiða mun hærra verð fyrir hrámjólk en félög tengd áfrýjanda og áfrýjandi sjálfur, hafi verið alvarlegt auk þess sem það stóð lengi og var augljóslega mjög til þess fallið að raska samkeppnisstöðu. Þá laut það að mikilvægri neysluvöru og snerti á þann hátt almenning í landinu. Að þessu virtu er staðfest niðurstaða hins áfrýjaða dóms um að áfrýjanda verði gert að greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð 440.000.000 króna. Er sú sektarfjárhæð auk þess langt innan fyrrgreinds 10% hámarks af heildarveltu fyrirtækis. Heildarvelta áfrýjanda árið 2015 mun hafa verið um 26.700.000.000 króna og fjárhæð sektarinnar nemur því um 1,65% af heildarveltunni.

Við ákvörðun sektar vegna brots áfrýjanda á 19. gr. samkeppnislaga tók stefndi ekki aðeins mið af því að áfrýjandi hefði ekki lagt fram umrætt samkomulag við rannsókn stefnda heldur að áfrýjandi hefði ranglega sagt í bréfi 13. febrúar 2013 að Kaupfélag Skagfirðinga svf. hefði fært sig úr framleiðslu á vörum með hærri framlegð í vörur með lægri framlegð. Á frýjunarnefnd samkeppnismála taldi að ekki ætti að byggja á síðara atriðinu. Engu að síður væri brot áfrýjanda, að leggja ekki fram samkomulagið, svo alvarlegt að það réttlætti sömu sektarfjárhæð og stefndi hefði ákveðið eða 40.000.000 króna. Álykta verður að áfrýjandi hafi af ásetningi leynt fyrir stefnda skjali sem honum mátti vera ljóst að hefði grundvallarþýðingu fyrir rannsókn máls samkvæmt 19. gr. samkeppnislaga, en stöðu sinnar vegna hafði hann sérlega ríkar skyldur til að upplýsa um grundvöll viðskiptakjaranna. Í stað þess að gefa hina réttu útskýringu með vísan til skilmála samkomulagsins færði hann fram misvísandi svör um ástæður mismunandi viðskiptakjara. Þannig flækti hann í senn rannsókn málsins auk þess sem skortur á þessari meginforsendu í fyrri rannsókn stefnda á verðlagningu áfrýjanda leiddi til að fyrri ákvörðun hans ónýttist.

Að þessu virtu og með vísan til forsendna hins áfrýjaða dóms að öðru leyti verður staðfest að áfrýjanda sé gerð 40.000.000 króna sekt fyrir brot á 19. gr. samkeppnislaga. Áfrýjandi hefur þegar greitt umrædda sekt en af framangreindri niðurstöðu leiðir að hafna ð er kröfu hans gagnvart stefnda íslenska ríkinu um endurgreiðslu þeirrar fjárhæðar ásamt dráttarvöxtum.

Áfrýjanda verður gert að greiða báðum stefndu málskostnað fyrir Hæstarétti eins og í dómsorði greinir.

Dómsorð:

Hinn áfrýjaði dómur skal vera óraskaður.

Áfrýjandi, Mjólkursamsalan ehf., greiði stefnda Samkeppniseftirlitinu 3.000.000 króna og stefnda íslenska ríkinu 1.500.000 krónur í málskostnað fyrir Hæstarétti.

Dómur Landsréttar .

Mál þetta dæma landsréttardómararnir Davíð Þór Björgvinsson, Eiríkur Jónsson og Þorgeir Ingi Njálsson.

Málsmeðferð og dómkröfur aðila

- 1 Áfrýjandi skaut málinu til Landsréttar 22. júní 2018. Áfrýjað er dómi Héraðsdóms Reykjavíkur 29. maí 2018 í málinu nr. E-1613/2017.
- 2 Áfrýjandi gerir aðallega eftirfarandi kröfur: Í fyrsta lagi að vísað verði frá dómi þeim kröfum stefnda Samkeppniseftirlitsins, sem hafðar voru uppi með gagnsök í héraði, annars vegar um 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 þessa stefnda nr. 19/2016 að áfrýjandi skuli greiða 440.000.000 króna stjórnvaldssekt í ríkissjóð vegna brots á 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, og hins vegar að áfrýjanda verði gert að greiða 440.000.000 króna sekt í ríkissjóð. Í öðru lagi krefst áfrýjandi þess gagnvart stefnda Samkeppniseftirlitinu að fyrrnefndur úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála verði ógiltur að því leyti sem áfrýjanda var gert að greiða 40.000.000 króna sekt vegna brots gegn 19. gr. samkeppnislaga. Í þriðja lagi gerir áfrýjandi þá kröfu á hendur stefnda íslenska ríkinu að því verði gert að endurgreiða honum 40.000.000 króna með dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu frá 15. maí 2017 til greiðsludags.
- 3 Til vara gerir áfrýjandi eftirfarandi kröfur: Í fyrsta lagi að hann verði sýknaður af fyrrnefndum kröfum stefnda Samkeppniseftirlitsins, sem hafðar voru uppi með gagnsök í héraði, um að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2016 verði ógiltur að tilteknu leyti og áfrýjanda gert að greiða 440.000.000 króna sekt í ríkissjóð. Í öðru lagi krefst áfrýjandi þess gagnvart stefnda Samkeppniseftirlitinu að fyrrnefndur úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2016 verði ógiltur að því leyti sem áfrýjanda var gert að greiða 40.000.000 króna sekt vegna brots gegn 19. gr. samkeppnislaga. Í þriðja lagi gerir áfrýjandi þá kröfu á hendur stefnda íslenska ríkinu að því verði gert að endurgreiða honum 40.000.000

króna með dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 frá 15. maí 2017 til greiðsludags.

- 4 Að þessu frágengnu gerir áfrýjandi eftirfarandi kröfur: Í fyrsta lagi að jafnvel þótt fallist verði á kröfu stefnda Samkeppniseftirlitsins, sem höfð var uppi með gagnsök í héraði, um ógildingu úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2016, verði sekt ekki lögð á áfrýjanda. Í öðru lagi krefst hann þess að úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2016 verði breytt á þann veg að sekt sú sem lögð var á áfrýjanda verði felld niður. Í þriðja lagi krefst áfrýjandi þess gagnvart stefnda íslenska ríkinu að því verði gert að endurgreiða honum 40.000.000 króna með dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 frá 15. maí 2017 til greiðsludags.
- 5 Að því frágengnu gerir áfrýjandi eftirfarandi kröfur: Í fyrsta lagi að krafa stefnda Samkeppniseftirlitsins um greiðslu 440.000.000 króna sektar í ríkissjóð, sem höfð var uppi með gagnsök í héraði, verði ákveðin mun lægri en stefndi Samkeppniseftirlitið gerir kröfu um. Í öðru lagi að úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2016 verði breytt á þann veg að sekt sú sem lögð var á áfrýjanda verði lækkuð verulega. Í þriðja lagi að stefnda íslenska ríkinu verði gert að endurgreiða áfrýjanda mismun á 40.000.000 króna og þeirri sekt sem ákvörðuð kann að verða með dómi með dráttarvöxtum frá 15. maí 2017 til greiðsludags.
- 6 Í öllum tilvikum krefst áfrýjandi málskostnaðar í héraði og fyrir Landsrétti.
- 7 Stefndu krefjast staðfestingar hins áfrýjaða dóms og málskostnaðar fyrir Landsrétti.

Málsatvik og sönnunarfærsla

- 8 Áfrýjandi er í eigu Auðhumlu svf. (90,1%) og Kaupfélags Skagfirðinga (9,9%). Seint á árinu 2012 sendi áfrýjandi Mjólkurbúinu Kú ehf. fyrir misgáning reikning vegna kaupa Mjólku ehf. á hrámjólk. Stofnandi fyrrnefnda félagsins hafði áður verið helsti eigandi síðarnefnda félagsins en Mjólka ehf. var á þessum tíma komið í eigu Kaupfélags Skagfirðinga. Líkt og í úrlausnum samkeppnisyfirvalda og hinum áfrýjaða dómi verður heitið Mjólka I hér eftir notað um Mjólku ehf. þar til það komst í eigu Kaupfélags Skagfirðinga en heitið Mjólka II um félagið eftir það tímamark. Þá er með tilvísunum til stefnda hér eftir vísað til stefnda Samkeppniseftirlitsins eingöngu, en þess getið sérstaklega ef stefndi íslenska ríkið á í hlut.
- 9 Af fyrrnefndum reikningi varð Mjólkurbúinu Kú ehf. ljóst að félagið hefði greitt mun hærra verð fyrir hrámjólk en Mjólka II. Beindi það því ábendingu og síðan kvörtun til stefnda. Stefndi sendi forstjóra áfrýjanda tölvupóst 20. desember 2012 með reikningi áfrýjanda til Mjólkurbúsins Kú ehf. annars vegar, þar sem lítraverð var 90,74 krónur, og reikningi til Mjólku II hins vegar, þar sem verðið var 77,69 krónur. Í tölvupóstinum var óskað skýringa áfrýjanda á ástæðum hins mismunandi verðs. Í kjölfarið hófst rannsókn stefnda sem lauk með ákvörðun 22. september 2014 nr. 26/2014. Þar var komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi

hefði með aðgerðum sínum brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og honum gert að greiða 370.000.000 króna í stjórnvaldssekt.

- 10 Áfrýjandi kærði ákvörðun stefnda til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Með úrskurði nefndarinnar 16. desember 2014 í máli nr. 5/2014 var ákvörðunin felld úr gildi og lagt fyrir stefnda að rannsaka málið frekar og taka síðan ákvörðun á ný að því loknu. Byggðist sú niðurstaða á því að frekari rannsóknar væri þörf að því er varðaði samkomulag milli áfrýjanda og Kaupfélags Skagfirðinga frá 15. júlí 2008, en áfrýjandi lagði það samkomulag fyrst fram á kærustigi.
- 11 Að aflokinni frekari rannsókn tók stefndi ákvörðun 7. júlí 2016 nr. 19/2016. Þar var komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hefði brotið gegn 11. og 19. gr. samkeppnislaga og var honum gert að greiða 480.000.000 króna stjórnvaldssekt, 440.000.000 króna vegna brots á 11. gr. laganna og 40.000.000 króna vegna brots á 19. gr. þeirra. Áfrýjandi kærði ákvörðunina til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Með úrskurði nefndarinnar 18. nóvember 2016 í máli nr. 4/2016 var ákvörðunin felld úr gildi að öðru leyti en því að áfrýjandi skyldi greiða 40.000.000 króna stjórnvaldssekt vegna brots á 19. gr. samkeppnislaga. Byggðist niðurstaðan á því að áðurgreint samkomulag áfrýjanda og Kaupfélags Skagfirðinga rúmaðist innan 71. gr. búvörulaga nr. 99/1993 og ekki hefði verið sýnt fram á nein þau atriði við forsendur eða framkvæmd þess, eða síðari samninga, sem gæti orðið grundvöllur sektarákvörðunar í málinu. Áfrýjunarnefndin klofnaði í málinu. Í sératkvæði eins nefndarmanns var komist að þeirri niðurstöðu að staðfesta ætti ákvörðun stefnda um brot áfrýjanda gegn 11. gr. samkeppnislaga og álagða sekt vegna þess. Allir þrír nefndarmenn voru á hinn bóginn sammála um brot áfrýjanda gegn 19. gr. laganna og álagða stjórnvaldssekt vegna þess.
- 12 Aðilar málsins höfðuðu báðir mál vegna úrskurðar áfrýjunarnefndarinnar, áfrýjandi í því skyni að fá hnekk niðurstöðunni um brot gegn 19. gr. samkeppnislaga en stefndi í því skyni að fá hnekk þeirri niðurstöðu að ekki hefði verið brotið gegn 11. gr. laganna. Málin voru sameinuð í héraði og í hinum áfrýjaða dómi komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hefði brotið gegn báðum þessum ákvæðum. Var stefndi þannig sýknaður af kröfu áfrýjanda um ógildingu þess hluta úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála þar sem honum var gert að greiða 40.000.000 króna sekt vegna brots gegn 19. gr. samkeppnislaga, og um endurgreiðslu þeirrar fjárhæðar, en úrskurðurinn ógiltur að því leyti sem felld hafði verið úr gildi ákvörðun stefnda um að áfrýjandi skyldi greiða 440.000.000 króna sekt vegna brots gegn 11. gr. samkeppnislaga, og var hann dæmdur til að greiða þá fjárhæð í ríkissjóð. Var niðurstaða hins áfrýjaða dóms því á sömu lund og í ákvörðun stefnda og samkvæmt sératkvæði hjá áfrýjunarnefnd samkeppnismála.
- 13 Fyrirnefnt samkomulag áfrýjanda og Kaupfélags Skagfirðinga frá 15. júlí 2008, sem deila málsaðila lýtur að verulegu leyti að, ber heitið „Framlegðar- og verkaskiptasamkomulag“. Í 1. mgr. 1. gr. þess segir að markmið samkomulagsins sé að fastsetja helstu forsendur í samstarfi

sammingsaðila um: a) Verkaskiptingu í framleiðslu mjólkurvara; b) Framlegðarskipti framleiddra mjólkurvara með tilliti til verkaskiptingar í mjólkurvinnslu og sölu hráefnis og fullunninna vara milli áfrýjanda og Kaupfélags Skagfirðinga sem liðar í framlegðar- og verkaskiptingu; c) Aðrar forsendur eins og verðlagsmál og breytingar á sjóðakerfi mjólkurvara samkvæmt breytingum á búvörulögum. Í 3. mgr. 1. gr. segir: „Svo unnt verði að koma á frekari verkaskiptingu í mjólkuriðnaði, og ná nauðsynlegri lækkun á vinnslu- og dreifingarkostnað mjólkurvara, skulu sammingsforsendur stuðla að jöfnun framlegðar milli mjólkurvara. Þetta skal gert í þeim tilgangi að þeir lögaðilar sem standa að eignarhaldi og rekstri MS ehf., hafi sambærilega rekstrarafkomu við vinnslu mjólkur, óháð þeirri verkaskiptingu afurðastöðva eins og hún kann að verða ákveðin hverju sinni með hagsmuni greinarinnar í heild sinni að leiðarljósi.“

- 14 Í kjölfar 1. gr. kemur A-hluti samkomulagsins sem ber yfirskriftina „Verkaskipting í framleiðslu mjólkurvara“. Þar kemur meðal annars fram að framleiðslu og þökkun eftirtalinnna ferskvara verði hætt á Sauðárkróki: Nýmjólkur, léttmjólkur, undanrennu, rjóma og mysu. Áfrýjandi muni annast framleiðslu og þökkun þessara vara fyrir sölu- og þjónustusvæði Kaupfélags Skagfirðinga. Þá verði framleiðslu og þökkun súrmjólkur hætt á Sauðárkróki. Einnig kemur fram að framleiðsla á rifnum osti skuli flytjast á Sauðárkrók og hjá mjólkursamlagi Kaupfélags Skagfirðinga verði lögð áhersla á framleiðslu fastra osta og viðbits úr þeirri mjólkurfitu sem til falli við ostagerð.
- 15 Í B-hluta samkomulagsins, sem ber yfirskriftina „Framlegðarskipti mjólkurvara“, segir að aðilar séu sammála um að framlegðarskipti verði framkvæmd milli fyrirtækjanna á grunni mjólkurvara og hráefnis. Um forsendur þeirra skipta segir að gert sé ráð fyrir að verðtilfærsla mjólkurvara verði aflögð, bæði lögbundin tilfærsla og verðtilfærsla Samtaka afurðamiðstöðva í mjólkuriðnaði sem framkvæmd hafi verið samkvæmt heimildarákvæðum búvörulaga. Þó sé í byrjun gert ráð fyrir innheimtu og útgreiðslu lögbundinnar verðtilfærslu. Síðan segir: „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 fyrir MS (sjá meðfylgjandi útreikninga). Þessi niðurstaða er að teknu tilliti til þess að mjólkurþökkun og framleiðsla sýrðra vara færast til MS frá KS. Við að framleiða eingöngu ost í stað ferskvara minnka [heildsölutekjur] KS um 47 millj. kr. til [viðbótar] – eða samtals um 103 millj. kr. Áhrif breyttrar verkaskiptingar 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 millj. kr. viðbót vegna skiptingu framlegðar vegna verkaskiptingu á markaði.“

- 16 Í samkomulaginu segir næst undir yfirskriftinni „Magn hrámmjólkur frá MS til KS og verðlagning þess“: „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 samkomulaginu kemur síðan fram að af skráðu heildsöluverði mjólkurvara skuli innheimta 10% sölubóknun í viðskiptum milli aðila.
- 17 Gerð var breyting á framangreindu samkomulagi með samningi 26. febrúar 2009 þar sem hámark var sett á sölubóknun til áfrýjanda. Uppfært samkomulag um verkaskiptingu og framlegð var síðan gert 2. mars 2010 þar sem hámarkið á sölubóknun var hækkað. Frekari breytingar voru gerðar á samkomulaginu síðar það sama ár og meðal annars var árlegt magn hrámmjólkur sem áfrýjandi seldi Kaupfélagi Skagfirðinga fastsett 3,5 milljónir lítra, sem áður var hámark þeirra viðskipta. Í málinu liggja fyrir frekari gögn um endurskoðun og uppgjör samkomulagsins sem til samræmis við efni þess var ætlað að miða að jöfnun framlegðar. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála segir að leiðréttingarnar hafi einkum farið fram á þann hátt að umboðslaun til samningsaðila hafi verið leiðrétt eftir því sem efni hafi staðið til. Fleiri aðferðir hafi þó verið notaðar. Leiðréttingarnar hafi farið fram á grundvelli ýmissa reikningslegra gagna málsins, meðal annars tölvupóstum milli forsvarsmanna aðila, og endað að lokum með einhvers konar samkomulagi milli þeirra. Hinn 2. október 2014, í kjölfar fyrri ákvörðunar stefnda í málinu, gerðu áfrýjandi og Kaupfélag Skagfirðinga með sér nýjan samstarfssamning sem ekki er til umfjöllunar hér.
- 18 Fyrir Landsrétti óskaði áfrýjandi dómkvaðningar matsmanns til að leggja mat á eftirfarandi: „1. Hvort Kaupfélag Skagfirðinga hafi við verkaskiptingu samkvæmt svonefndu Framlegðar- og verkaskiptasamkomulagi frá 15. júlí 2008 látið frá sér sölu á vörum sem voru með hærri framlegð og tekið við framleiðslu vara með lægri framlegð? 2. Að frádreginni millisölu á hráefnum og fullunnum vörum, hver var framlegð 1 af vinnslu mjólkur á tímabilinu 2008 – 2013 hjá annars vegar Kaupfélagi Skagfirðinga og hins vegar [áfrýjanda] af eigin framleiðslu?“ Var Ingvar Garðarsson, löggiltur endurskoðandi, dómkvaddur til að framkvæma umbeðið mat. Skilaði hann matsgerð 26. júní 2019 og gaf skýrslu við aðalmeðferð málsins. Líkt og rakið er í ákvörðun stefnda er framlegð 1 skilgreind af áfrýjanda sem sölutekjur að frádregnu hráefni, umbúðum og hjálparefnum.

19 Í svari við fyrri matsspurningunni framkvæmdi matsmaðurinn samanburð á áætlaðri framlegð fyrir og eftir samkomulagið miðað við árið 2007 annars vegar og árið 2010 hins vegar. Um fyrrnefnda árið var komist að eftirfarandi niðurstöðu: „Miðað við framlegð 1 á hverja einingu eins og hún var á árinu 2007 og óbreytt magn af móttekinni og keyptri mjólk til vinnslu, þá hefði heildarframlegð KS aukist um 23 milljónir króna vegna verkaskiptasamkomulagsins þegar áhrif þess voru að fullu komin fram.“ Um árið 2010 var hins vegar komist að eftirfarandi niðurstöðu: „Miðað við framlegð 1 á hverja einingu eins og hún var á árinu 2010 og ef KS hefði unnið úr sama magni af móttekinni og keyptri mjólk til vinnslu á árinu 2007 eins og það gerði á árinu 2010, þá hefði heildarframlegð KS lækkað um 145 milljónir króna vegna verkaskiptasamkomulagsins þegar áhrif þess voru að fullu komin fram.“ Í kaflanum „Ígrundun“ segir síðan meðal annars um matsspurninguna: „Það er niðurstaða matsmanns að KS tapaði heildarframlegð á verkaskiptasamkomulaginu og er tapið áætlað 145 milljónir króna miðað við vinnslumagn, verðlag og framlegð einstakra vara eins og það var eftir að áhrif verkaskiptasamkomulagsins voru að fullu fram komin árið 2010. Í þessari niðurstöðu felst að matsmaður lítur framhjá orðinu „voru“ í matsspurningunni. Þetta orð vísar til fortíðar og gefur til kynna að spurningin vísi til framlegðar einstakra vara eins og hún var fyrir verkaskiptasamkomulagið. Er þá nærtækast að líta til ársins 2007 og gaumgæfa áhrif samkomulagsins á heildarframlegð KS miðað við magn, verðlag og framlegð á hverja einingu eins og hún var á þeim tíma. Á þann mælikvarða nam ávinningur KS 23 milljónum króna. Matsmaður lítur svo á að matsspurningin vísi til þess sem raunverulega gerðist, frekar en þeirra væntinga sem aðilar samkomulagsins hefðu mögulega getað haft til ávinnings af því, ef þeir hefðu með nákvæmum hætti getað séð fyrir hvernig eftirspurn eftir einstökum vörum myndi þróast fram til ársins 2010.“

20 Í svari við síðari matsspurningunni er sett fram tafla um framlegð áfrýjanda annars vegar og Kaupfélags Skagfirðinga hins vegar. Kemur þar meðal annars fram að ætluð framlegðarprósenta áfrýjanda án viðskipta við Kaupfélag Skagfirðinga hafi verið 36,45% fyrir árið 2007, 34,53% 2008, 32,10% 2009, 34,56% 2010, 34% 2011, 35,61% 2012 og 34,62% 2013. Áætluð framlegðarprósenta Kaupfélags Skagfirðinga hafi hins vegar verið 30,21% fyrir árið 2007, 34,44% 2008, 31,23% 2009, 35,42% 2010, 32,56% 2011, 33,23% 2012 og 32,51% 2013.

21 Um málsatvik vísast að öðru leyti til hins áfrýjaða dóms.

Málsástæður aðila

22 Áfrýjandi byggir þá kröfu sína, að kröfum stefnda verði vísað frá dómi, í meginatriðum á því að stefnda skorti heimild til að skjóta málinu til dómstóla. Þá feli sú krafa stefnda, að áfrýjanda verði gert að greiða 440.000.000 króna sekt í ríkissjóð, í sér að dómstólar taki nýja stjórnvaldsákvörðun en það fái ekki samrýmst meginreglu stjórnskipunarréttar. Varakröfu um sýknu af nefndum kröfum stefnda byggir áfrýjandi einkum á því að sá verðmunur sem málið

lúti að hafi verið liður í samkomulagi og samstarfi áfrýjanda og Kaupfélags Skagfirðinga sem heimilt hafi verið samkvæmt 71. gr. búvörulaga. Þá teldist verðlagning áfrýjanda ekki fela í sér mismunun samkvæmt c-lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga jafnvel þótt greinin yrði talin eiga við. Kröfu sína um ógildingu niðurstöðu um brot gegn 19. gr. samkeppnislaga byggir áfrýjandi á því að hann hafi aldrei vanrækt upplýsingaskyldu sína. Ef talið verði að brotið hafi verið gegn 11. og/eða 19. gr. samkeppnislaga beri að fella niður sektir eða ákveða þær mun lægri en stefndi hafi gert og krefjist.

23 Stefndi byggir einkum á því að áfrýjanda hafi ekki verið heimilt að selja ótengdum keppinautum hrá mjólk á hærra verði en hans eigin framleiðsludeild annars vegar og tengdir keppinautar hins vegar hafi þurft að greiða fyrir slíka mjólk. Þetta hafi falið í sér brot gegn 11. gr. samkeppnislaga og ákvæði búvörulaga breyti því ekki. Þá hafi áfrýjandi brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga með því að upplýsa ekki um framlegðar- og verkaskiptasamkomulag hans og Kaupfélags Skagfirðinga fyrr en eftir að stefndi tók fyrri ákvörðun sína í málinu. Ekki sé ástæða til þess að fella niður eða lækka þær sektir sem stefndi hafi ákvarðað og dæmdar hafi verið í hinum áfrýjaða dómi.

24 Um nánari málsástæður aðila vísast til hins áfrýjaða dóms og þess sem á eftir greinir.

Niðurstaða

25 Samkvæmt framangreindu lýtur deila aðila að því hvort áfrýjandi hafi brotið gegn 11. og 19. gr. samkeppnislaga og skuli gerð stjórnvaldssekt af þeim sökum. Stefndi taldi áfrýjanda hafa brotið gegn báðum ákvæðunum og gerði honum að greiða 440.000.000 króna vegna brots á 11. gr. laganna og 40.000.000 króna vegna brots á 19. gr. þeirra. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála felldi fyrrgreindu niðurstöðuna úr gildi en staðfesti þá síðargreindu. Mál þetta var höfðað í því skyni að fá úrskurði áfrýjunarnefndarinnar hnekkt, af hálfu áfrýjanda til að fá breytt niðurstöðunni um brot gegn 19. gr. samkeppnislaga en af hálfu stefnda til að fá breytt þeirri niðurstöðu að ekki hefði verið brotið gegn 11. gr. sömu laga. Með hinum áfrýjaða dómi var fallist á kröfur stefnda.

Um frávísunarkröfur áfrýjanda

26 Sú meginregla gildir í stjórnslurétti að lægra sett stjórnvald getur því aðeins hlutast til um að fá úrskurði æðra setts stjórnvalds hnekkt að fyrir hendi sé ótvíræð lagaheimild fyrir stjórnvaldið til að skjóta deiluefninu til dómstóla, sbr. dóm Hæstaréttar 22. september 1998 í máli nr. 297/1998 sem birtur er í dómasafni réttarins það ár á bls. 2821. Með 4. gr. laga nr. 14/2011 var slík heimild fyrir stefnda lögfest í 41. gr. samkeppnislaga. Þar segir nú í 1. málslíð að vilji aðili, þar með talið Samkeppniseftirlitið, ekki una úrskurði áfrýjunarnefndar geti hann höfðað mál til ógildingar hans fyrir dómstólum. Í skýringum við 4. gr. í frumvarpi því sem varð að lögum nr. 14/2011 segir meðal annars að sú staðreynd að stefndi hafi ekki málskotsrétt til dómstóla takmarki möguleika hans til þess að gæta hagsmuna almennings í samkeppnismálum. Hlutverk hans sé meðal annars að vernda þá lögvörðu almannahagsmuni

sem felist í virkri samkeppni og því óeðlilegt að hann geti ekki gætt þeirra hagsmuna til sóknar fyrir dómstólum. Mikilvægt sé að stefndi geti, eftir atvikum, varið fyrir dómstólum niðurstöðu ákvarðana sinna sem áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur ógilt eða breytt. Þar segir einnig að mikilvægt sé að stefndi geti borið úrskurði áfrýjunarnefndarinnar undir dómstóla.

- 27 Með málsókn sinni bar stefndi úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála undir dómstóla að því leyti sem þar var felld úr gildi niðurstaða stefnda um að áfrýjandi hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og sekt sem stefndi lagði á hann af þeim sökum. Til þessa hafði stefndi ótvíræða heimild samkvæmt framangreindu ákvæði í 41. gr. samkeppnislaga og eru því engin efni til frávísunar á þeim grunni að slíka heimild hafi skort. Þá er dómaframkvæmd Hæstaréttar skýr um að dómstólar fara með fullt endurskoðunarvald á úrlausnum samkeppnisyfirvalda, þar á meðal á niðurstöðu þeirra um sektir, en fyrir liggja fjölmargir dómar þar sem sektarfjárhæðum samkeppnisyfirvalda hefur verið breytt og þannig vikið frá meginreglunni um að dómstólar geti aðeins ógilt ákvarðanir stjórnvalda en ekki tekið aðrar efnislegar ákvarðanir í staðinn. Er þetta og í samræmi við framangreinda umfjöllun í lögskýringargögnum. Í þessu sambandi má meðal annars benda á dóma Hæstaréttar 2. október 2008 í máli nr. 640/2007 og 9. febrúar 2012 í máli nr. 205/2011, svo og dóm Landsréttar 14. júní 2019 í máli nr. 490/2018. Sú sérstaða er þó uppi í því máli sem hér er til úrlausnar að krafa stefnda lýtur að því að lögð verði á sekt vegna brots sem áfrýjunarnefnd samkeppnismála taldi ekki vera fyrir hendi og tók því ekki ákvörðun um stjórnvaldssekt. Til þess er hins vegar að líta að stefndi hafði áður komist að niðurstöðu um brot gegn 11. gr. samkeppnislaga og lagt á 440.000.000 króna sekt vegna þess. Fyrsta krafa stefnda er um ógildingu á þeim hluta úrskurðar áfrýjunarnefndarinnar sem felldi nefnda niðurstöðu stefnda úr gildi. Afleiðing slíkrar ógildingar væri óhjákvæmilega sú að ákvörðun stefnda stæði og krafa stefnda um greiðslu fyrrnefndrar fjárhæðar felur í sér að niðurstaðan verði sú sem þar greindi. Með þessu leitast stefndi við að verja fyrir dómstólum niðurstöðu ákvörðunar sinnar, að því marki sem áfrýjunarnefndin ógilti hana, og koma á því ástandi sem í ákvörðuninni fólst. Verður samkvæmt þessu hvorki talið að fyrrgreind meginregla um að dómstólar taki ekki stjórnvaldsákvarðanir né 41. gr. samkeppnislaga leiði til frávísunar á kröfu stefnda um að áfrýjandi greiði 440.000.000 króna í ríkissjóð. Dómur Hæstaréttar 1. desember 2011 í máli nr. 116/2011 breytir ekki þeirri niðurstöðu en í því sambandi er meðal annars til þess að líta að það mál laut að formannmarka, þar sem áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafði hvorki rannsakað málið nægilega né fullnægt lágmarkskröfum um rökstuðning. Enginn slíkur formannmarki telst vera fyrir hendi í þessu máli heldur lúta álitaeftin að því hvort áfrýjunarnefndin hafi komist að efnislega réttri niðurstöðu. Standa engin rök til annars en að dómstólar leiði málið til lykta.

Um tengsl samkeppnislaga og búvörulaga

- 28 Deila aðila um hvort áfrýjandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga snýst að verulegu leyti um skil samkeppnislaga annars vegar og búvörulaga nr. 99/1993 hins vegar. Líkt og áður er rakið hófst málið með því að áfrýjandi var í desember 2012 krafinn skýringa á mismunandi verði á hrámjólk samkvæmt reikningum til Mjólkurbúsins Kú ehf. annars vegar og Mjólk II hins vegar, en lítraverð samkvæmt fyrrgreinda reikningnum var 90,74 krónur en 77,69 krónur samkvæmt þeim síðargreinda. Rannsókn stefnda leiddi í ljós að á tímabilinu 2008 til 2013 þurfti Mjólk I og síðan Mjólkurbúið Kú ehf. að greiða allt að 17% hærra verð fyrir hrámjólkina en Kaupfélag Skagfirðinga og Mjólk II, en verðið til hinna síðargreindu var það sama og hið opinbera lágmarksverð til mjólkurbænda. Framangreind atriði eru óumdeild en deilt er um hvort þau hafi falið í sér brot gegn 11. gr. samkeppnislaga. Stefndi telur svo vera en áfrýjandi ekki og byggir einkum á því að hin mismunandi verðlagning hafi verið heimil samkvæmt 71. gr. búvörulaga þar sem hún hafi byggt á samkomulagi afurðastöðva um verkaskiptingu.
- 29 Áður er rakið efni þess framlegðar- og verkaskiptasamkomulags sem áfrýjandi og Kaupfélag Skagfirðinga gerðu með sér 15. júlí 2008. Var samkomulaginu samkvæmt 1. gr. ætlað að „stuðla að jöfnun framlegðar milli mjólkurvara“ 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“. Bera samkomulagið sjálft, síðari breytingar á því og gögn um uppgjör vegna þess með sér að ætlun sammingsaðila hafi verið að jafna framlegð á milli áfrýjanda og Kaupfélags Skagfirðinga hlutfallslega, þannig að heildarframlegð þeirra af framleiðslu og sölu mjólkurafurða yrði sem jöfnust í prósentum talið. Fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála var áfrýjandi til að mynda inntur eftir því hvort það væri réttur skilningur á málalíbúnaði hans að tilgangur samkomulagsins hafi verið „að jafna almennt og ótímabundið hlutfallslega framlegð (framlegð 1) á milli KS og MS við framleiðslu og sölu mjólkurvara“. Svaraði hann þessu játandi og tók fram að samkomulaginu „hafi verið ætlað að tryggja að aðilar hefðu sem jafnasta hlutfallslega framlegð (1) af hverjum innvegnum mjólkurlitra“. Í þessu fólst í reynd að sá sem lægri framlegð fengi skyldi fá greiðslu frá þeim sem hærri framlegð hefði til að jafna framlegð þeirra á hverju uppgjörstímabili. Byggir áfrýjandi á því að verðið sem Kaupfélag Skagfirðinga greiddi fyrir hrámjólkina hafi þannig verið liður í að bæta félaginu framlegðartap sem það hafi orðið fyrir vegna verkaskiptingar þeirra og því verið liður í samkomulagi sem undanskilið sé samkeppnislögum samkvæmt 71. gr. búvörulaga.
- 30 Núgildandi 71. gr. búvörulaga var sett með lögum nr. 85/2004, sem breytti auk þess 3. mgr. 13. gr. laganna, sem eftir setningu laga nr. 102/2016 er í 4. mgr. greinarinnar. Í síðarnefnda ákvæðinu 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 71. gr. segir að þrátt fyrir ákvæði samkeppnislaga sé 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.

- 31 Forsaga framangreindra ákvæða búvörulaga er sú að í 59. gr. laganna, sem fram til setningar laga nr. 46/2015 báru heitið lög um framleiðslu, verðlagningu og sölu á búvörum, sagði, eftir endurútgáfu laganna samkvæmt lögum nr. 112/1992: „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. Fimmmannefnd getur gripið inn í verðtilfærslu milli afurða telji hún það nauðsynlegt. Verðtilfærsla má aldrei verða hærrí fjárhæð en sem svarar hráefnisverði hvernar afurðar. Samkomulagið öðlast ekki gildi fyrr en landbúnaðarráðherra hefur staðfest það.“ Með lögum nr. 69/1998 var svohljóðandi ákvæði tekið upp í 3. mgr. 13. gr. laganna: „Verðlagsnefnd getur, að fengnum tillögum afurðastöðva eða samtaka þeirra, heimilað afurðastöðvum að gera samninga sín á milli um verðtilfærslu milli tiltekinna afurða. Samningar þessir skulu hljóta staðfestingu verðlagsnefndar.“ Í greinargerð með því frumvarpi sem varð að lögum nr. 69/1998 sagði að síðastnefnt ákvæði væri efnislega samhljóða 59. gr. gildandi laga sem heimilaði samninga milli Framleiðsluráðs landbúnaðarins og afurðastöðva í mjólkuriðnaði „er kveði á um verðtilfærslu til að jafna framlegð mismunandi framleiðslutegunda milli mjólkurbúa“. Samhliða upptöku ákvæðisins í 3. mgr. 13. gr. var 2. til 4. málsliður 59. gr. því felldur úr gildi. Með lögum nr. 112/1999 var Framleiðsluráð landbúnaðarins tekið út úr 59. gr., sem eftir það hljóðaði í heild sinni svo: „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.“ Þannig stóðu 3. mgr. 13. gr. og 71. gr. laganna þar til lög nr. 85/2004 færðu þau í fyrrnefnt og núgildandi horf.
- 32 Samkvæmt greinargerð með því frumvarpi sem varð að lögum nr. 85/2004 var því ætlað 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“. Lagaákvæði sem feli í sér frávik frá almennum reglum beri jafnan að túlka þröngt. Í þessu felist að fara beri varlega þegar lagður sé sá skilningur í lagaákvæði að þau undanskilji tiltekna þætti í atvinnustarfsemi gildissviði samkeppnislaga og þar með íhlutunarvaldi samkeppnisyfirvalda. Því þurfi með skýrum lagatexta að lögfesta vilja löggjafans til þess að undanskilja ákveðna þætti landbúnaðarins gildissviði samkeppnislaga. Í greinargerðinni segir og að með þeim breytingum sem felist í frumvarpinu sé verið að styrkja grundvöll til hagræðingar og tryggja

að sú hagræðing njóti enn um sinn undanþágu frá gildissviði samkeppnislaga sé það gert í þeim tilgangi að halda niðri kostnaði við framleiðslu, geymslu og dreifingu mjólkurafurða.

- 33 Framangreind löggjafarsaga ber ekki með sér að búvörulög undanskilji samkomulag, af þeim toga sem áfrýjandi og Kaupfélag Skagfirðinga gerðu með sér, samkeppnislögum á þann hátt að ekki komi til athugunar hvort áfrýjandi hafi brotið gegn 11. gr. síðarnefndu laganna í málinu. Samkomulagið fól líkt og að framan greinir í sér hlutfallslega jöfnun á framlegð fyrirtækjanna. Hvorki í 4. mgr. 13. gr. né 71. gr. búvörulaga er vikið að slíkri jöfnun framlegðar. Í greinargerð með því frumvarpi sem varð að lögum nr. 69/1998 er að vísu vikið að jöfnun framlegðar en þá í tengslum við heimildina til verðtilfærslu, sem færðist með þeim lögum í 3. mgr. 13. gr. og er nú í 4. mgr. sömu greinar. Jöfnunin sem í samkomulaginu fólst getur ekki talist til slíkrar verðtilfærslu enda er þannig færsla annars eðlis og felur í sér verðtilfærslu á milli tiltekinna afurða en ekki hlutfallslega jöfnun á framlegð fyrirtækja. Eftir stendur þá hvort nefnd jöfnun falli undir 71. gr. búvörulaga. Þar er sem fyrr segir hvergi minnst á jöfnun framlegðar og ekki heldur í lögskýringargögnum með greininni eins og hún hefur verið síðan verðtilfærsluhluti hennar færðist í 3. mgr. og síðan 4. mgr. 13. gr. Í ljósi framangreinds verður að telja nærtækast að skýra ákvæðin í samhengi svo að hyggist afurðastöðvar jafna framlegð vegna samkomulags um verkaskiptingu skuli það gert með verðtilfærslu samkvæmt 4. mgr. 13. gr. búvörulaga. Það var ekki gert samkvæmt framansögðu.
- 34 Lögskýringargögn með lögum nr. 85/2004 benda ekki í aðra átt. Markmið þess frumvarps sem varð að lögunum var að tryggja að „samráð, samruni og verðtilfærsla“ í mjólkuriðnaði væru undanskilin gildissviði samkeppnislaga. Fyrstnefndu tvö atriðin vísa nokkuð skýrlega til þess að sameiningar og samstarf sem b. úvörulög heimila skuli vera undanskilin reglum samkeppnislaga um samráð og samruna á meðan hið síðastnefnda vísar til þess að það samkomulag um verðtilfærslu, sem 3. mgr. 13. gr. heimili, sé undanskilið reglum samkeppnislaga. Ekkert í frumvarpinu vísar sérstaklega til undanþágu frá 11. gr. laganna og gögn sem tengjast aðdraganda lagasetningarinnar benda fremur í gagnstæða átt. Þá er sem fyrr segir ekkert í lögskýringargögnum með því frumvarpi sem varð að lögunum sem rennir stoð um undir að jöfnun framlegðar af þeim toga sem margnefnt samkomulag miðaði að hafi verið undanskilið samkeppnislögum. Eins er þess að gæta að eitt er að hafa heimild til að sameinast, hafa með sér verkaskiptingu og samstarf og semja um verðtilfærslur á tilteknum vörum, en annað að hafa heimild til þess að semja um hlutfallslega jöfnun á framlegð fyrirtækja. Rök áfrýjanda um að stefndi hafi með nánar tilteknum ummælum í ákvörðun sinni viðurkennt að framlegðarskipti geti verið samrýmanleg 71. gr. búvörulaga og sé bundinn af þeirri afstöðu eru haldlaus enda geta þau engu breytt um heimild dómstóla til skýringar umræddra ákvæða auk þess sem afstaða stefnda var ótvírætt sú frá upphafi að undanþága ákvæðisins ætti ekki við um hið umdeilda samkomulag.

- 35 Til viðbótar því sem hér hefur verið rakið, um heimildir til samkomulags um hlutfallslega jöfnun framlegðar fyrirtækja, er til þess að líta að eigi verðlagning sú sem á reynir að falla utan samkeppnislaga nægir ekki að búvörulög hafi undanskilið samkomulagið sem slíkt, heldur þurfa þau að hafa undanskilið verðlagninguna sjálfa, þar sem áfrýjandi seldi ótengdum aðilum hrámjólk á mun hærra verði en Kaupfélagi Skagfirðinga og Mjólku II. Í því sambandi er þess að gæta að jafnvel þótt heimild til að semja um hlutfallslega jöfnun á framlegð fyrirtækja teldist fyrir hendi myndi það ekki leiða til þess að allt sem af þeirri jöfnun og framkvæmd hennar hlytist gæti ekki talist til brots gegn 11. gr. samkeppnislaga. Ljóst er að verðið til annarra en Kaupfélags Skagfirðinga og Mjólku II gæti aldrei talist undanþegið samkeppnislögum vegna samkomulagsins enda er það ótengt því. Sú ákvörðun áfrýjanda að selja Mjólku I og síðar Mjólkurbúinu Kú ehf. hrámjólk, sem er ógerilsneydd, á sama verði og notað hafði verið um gerilsneydda mjólk, sem er meira unnin vara, getur þannig á engan hátt talist þáttur í nefndu samkomulagi. Þá verður að telja mjög óljóst hvernig sá þáttur samkomulagsins, þar sem mælt var fyrir um sölu áfrýjanda á allt að 3,5 milljónum lítra hrámjólkur til Kaupfélags Skagfirðinga á því lágmarksverði sem gildi um kaup frá bændum, taldist nauðsynlegur vegna þeirrar verkaskiptingar sem samkomulagið kvað á um. Í þeim efnum má vísa til þess sem áður er rakið að matsmaðurinn, sem áfrýjandi fékk dómkvaddan, komst meðal annars að þeirri niðurstöðu að miðað við forsendur á árinu 2007 hafi Kaupfélag Skagfirðinga haft 23.000.000 króna ávinning af samkomulaginu. Af þessu og öðrum fyrirbyggjandi gögnum verður ekki séð hvernig nauðsyn gat staðið til þess árið 2008 að semja um hina umfangsmiklu mjólkursölu milli aðila á lágmarksverðinu til bænda í því skyni að bæta upp tapaða framlegð Kaupfélags Skagfirðinga vegna verkaskiptingarinnar. Þá er það til marks um hina óljósu tengingu framangreindra kjara Kaupfélags Skagfirðinga við þá verkaskiptingu sem aðilar tóku upp að tilgangur samkomulagsins var að tryggja aðilum þess „sambærilega rekstrarafkomu við vinnslu mjólkur, óháð þeirri verkaskiptingu“, sbr. 1. gr. samkomulagsins, og aðilar notuðu aðrar leiðir til að jafna framlegðina í uppgjörum sínum á milli á meðan hrámjólkurmagnið stóð svo til óbreytt. Loks verður ekki séð hvað í verkaskiptingu og samkomulagi aðila hafi kallað á að Mjólku II yrði seld hrámjólk á sama verði. Þannig er óljóst hvaða tap Mjólku II af verkaskiptingu aðila var verið að bæta félaginu og raunar verður ráðið af fyrirbyggjandi samantekt áfrýjanda um framkvæmd samkomulagsins að ætlunin með þessu lága verði til Mjólku II hafi verið að veita félaginu svigrúm til þess að greiða niður skuldir sínar, en þar segir orðrétt: „Mjólkurmagnið er takmarkað við um 600 þúsund [lítra] og þannig er Mjólku II tryggð nægileg afkoma til að greiða niður skuldir.“
- 36 Sem fyrr greinir var í frumvarpi því sem varð að lögum nr. 85/2004 tekið fram að lagaákvæði sem feli í sér frávik frá almennum reglum beri jafnan að túlka þröngt. Því beri að fara varlega þegar lagður sé sá skilningur í lagaákvæði að þau undanskilji tiltekna þætti í atvinnustarfsemi gildissviði samkeppnislaga. Líkt og hér hefur verið rakið bera 4. mgr. 13. gr. og 71. gr. búvörulaga og lögskýringargögn með þeim ekki með sér að lögin undanskilji samkomulag, af

þeim toga sem áfrýjandi og Kaupfélag Skagfirðinga gerðu með sér, samkeppnislögum á þann hátt að ekki komi til athugunar hvort áfrýjandi hafi brotið gegn 11. gr. síðarnefndu laganna með þeirri háttsemi sem á reynir í málinu. Þá gæti umrætt samkomulag raunar aldrei undanskilið nema hluta háttseminnar, það er verðlagninguna til Kaupfélags Skagfirðinga og Mjólku II, og tengslin á milli þess verðs og þeirrar verkaskiptingar sem aðilar sömdu um eru í besta falli óljós. Samkvæmt framangreindu verður ekki talið að nefnd ákvæði búvörulaga undanskilji þau atvik sem hér reynir á með nokkrum hætti samkeppnislögum. Verður því að meta hvort sú tvenns konar verðlagning, sem málið spratt af, hafi samræmst 11. gr. samkeppnislaga.

Nánar um ætluð brot áfrýjanda gegn 11. gr. samkeppnislaga

- 37 Samkvæmt 1. mgr. 11. gr. samkeppnislaga er misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu bönnuð. Samkvæmt c-lið 2. mgr. 11. gr. getur misnotkun samkvæmt 1. mgr. meðal annars falist í því að viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra þannig veikt.
- 38 Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála er rakið að áfrýjandi sé eina fyrirtækið hér á landi sem selji öðrum mjólkurvöruframleiðendum hrámjólk í heildsölu, ásamt því að nýta hana til eigin framleiðslu. Áfrýjandi sé talinn taka við 90% af þeirri hrámjólk sem bændur framleiði. Enginn vafi er á því að áfrýjandi var í markaðsráðandi stöðu, sbr. 4. tölulið 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga, líkt og stefndi byggði á í ákvörðun sinni, svo og bæði meirihluti og minnihluti áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Bera samtímagögn raunar með sér að áfrýjanda hafi verið þetta ljóst.
- 39 Sem fyrr greinir seldi áfrýjandi Kaupfélagi Skagfirðinga og Mjólku II hrámjólk á allt að 17% lægra verði en öðrum aðilum. Var sama vara því seld ólíkum aðilum á mjög mismunandi verði. Þessi háttsemi veikti ótvírætt samkeppnisstöðu þeirra sem hærra verðinu sættu, sem voru í samkeppni við Kaupfélag Skagfirðinga, Mjólku II og áfrýjanda sjálfan við sölu mjólkurafurða. Í því sambandi er þess að gæta að hrámjólk er undirstöðuhræfni við vinnslu mjólkurafurða og mikill verðmunur á henni augljóslega til þess fallinn að hafa áhrif á samkeppnisrekstur fyrirtækis sem borga þarf hærra verð fyrir hana. Líkt og áður er rakið réttlætist verðmunurinn ekki af ákvæðum búvörulaga og ekki verður talið að fyrir hendi séu aðrar hlutlægar ástæður sem réttlæti hann, en sönnunarbyrði fyrir því að slíkar ástæður séu fyrir hendi hvílir á áfrýjanda. Samkvæmt þessu verður að telja að með hinum mismunandi kjörum hafi áfrýjandi, sem markaðsráðandi fyrirtæki, mismunað viðskiptaaðilum með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum, veikt þannig samkeppnisstöðu þeirra og með því brotið gegn c-lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Ekki er talin þörf á að fjalla sérstaklega um verðlagningu áfrýjanda til sinnar eigin framleiðsludeildar, sem stefndi hefur lagt áherslu á fyrir Landsrétti, enda er ljóst að við sektarákvörðun stefnda vegna brotsins, sem afstaða er tekin til hér á eftir, var ekki litið til þeirrar háttsemi.

Um ætluð brot áfrýjanda gegn 19. gr. samkeppnislaga

- 40 Deila aðila um hvort áfrýjandi hafi brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga snýst um hvort brot hafi falist í því að leggja ekki fram margnefnt samkomulag áfrýjanda og Kaupfélags Skagfirðinga frá 2008, og önnur gögn sem því tengjast, fyrir en eftir að stefndi tók fyrri ákvörðun sína í málinu.
- 41 Samkvæmt 1. mgr. 19. gr. samkeppnislaga getur stefndi krafist fyrirtæki sem lögin taka til um allar upplýsingar sem nauðsynlegar þykja við athugun einstakra mála. Upplýsinga er hægt að krefjast munnlega eða skriflega og skulu þær gefnar innan hæfilegs frests sem stofnunin setur. Þá kemur fram í 2. mgr. sömu greinar að stefndi geti með sömu skilyrðum og í 1. mgr. krafist þess að fá gögn afhent til athugunar og skulu þau þá afhent innan hæfilegs frests sem stofnunin setur.
- 42 Óumdeilt er að stefndi fór aldrei með beinum hætti fram á að honum yrði afhent nefnt samkomulag. Tildrög málsins voru á hinn bóginn þau að stefndi leitaði eftir því að áfrýjandi skýrði ástæður hinnar mismunandi verðlagningar til Mjólkú II annars vegar og Mjólkurbúsins Kú ehf. hins vegar. Áfrýjandi setti fram skýringar og að þeim fengnum leitaði stefndi ýmissa upplýsinga og gagna en samkomulagið var ekki lagt fram fyrir en með kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Af málatilbúnaði áfrýjanda er þó ljóst að hann telur samkomulagið vera það grundvallargagn sem skýri og réttlæti hina mismunandi verðlagningu. Af þessu leiddi að stefndi leysti úr málinu fyrri sinnið án þess að fyrir lægi það gagn sem áfrýjandi sjálfur telur mestu skipta við skýringu á þeim verðmun sem hann var spurður um í upphafi. Augljóst er að stefndi gat ekki óskað eftir afhendingu samkomulagsins eða tengdra gagna, sem hann vissi ekki að væri til, og áfrýjanda, sem líkt og fyrir greinir er markaðsráðandi fyrirtæki, mátti vera fulljóst að með því að leggja ekki fram það gagn sem hann sjálfur telur skýra verðmuninn væri hann að torvelða rannsókn málsins. Verður í ljósi þessa að telja að í þessari háttsemi áfrýjanda hafi falist brot gegn 19. gr. samkeppnislaga.

Um sektarákvarðanir

- 43 Með ákvörðun sinni lagði stefndi 440.000.000 króna stjórnvaldssekt á áfrýjanda fyrir brot gegn 11. gr. samkeppnislaga og 40.000.000 króna stjórnvaldssekt fyrir brot gegn 19. gr. sömu laga. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála staðfesti síðarnefndu sektina en felldi hina fyrrnefndu úr gildi, sem minnihluti nefndarinnar vildi staðfesta.
- 44 Samkvæmt því sem að framan er rakið er fallist á það með stefnda, öndvert niðurstöðu áfrýjunarnefndar samkeppnismála, að áfrýjandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Samkvæmt b-lið 1. mgr. 37. gr. laganna leggur stefndi stjórnvaldssektir á fyrirtæki sem brjóta gegn banni samkvæmt 11. gr. þeirra. Það gerði stefndi með ákvörðun sinni á grundvelli þeirra sjónarmiða sem fram koma í 2. mgr. 37. gr., en þar segir í 3. málslíð að við ákvörðun á fjárhæð sekta skuli hafa hliðsjón af eðli og umfangi brota, hvað brot hafi staðið lengi og hvort um ítrekað brot sé að ræða. Þá kemur fram í 1. málslíð sömu málsgreinar að sektir geti numið

allt að 10% af heildarveltu síðasta rekstrarárs hjá hverju því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að broti.

- 45 Fjárhæð þeirrar stjórnvaldssektar sem stefndi lagði á er langt innan þeirra 10% marka sem greinir í síðastgreindu ákvæði. Þá verður ekki talið að þær forsendur sem litið var til við ákvörðun sektarfjárhæðarinnar hafi verið rangar eða ómálefnalegar. Telja verður brot áfrýjanda gegn 11. gr. samkeppnislaga alvarlegt auk þess sem það stóð lengi og var augljóslega mjög til þess fallið að raska samkeppnisstöðu. Þá laut það að mikilvægri neysluvöru og snerti á þann hátt allan almenning í landinu. Þegar litið er til framangreindra atriða verður áfrýjanda gert að greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð 440.000.000 króna, eins og ákveðið var í ákvörðun stefnda og hinum áfrýjaða dómi.
- 46 Stjórnvaldssektin sem stefndi lagði á vegna brots gegn 19. gr. samkeppnislaga byggðist ekki eingöngu á því að framlegðar- og verkaskiptasamkomulagið hefði ekki verið lagt fram heldur einnig á því að áfrýjandi hefði ranglega sagt í bréfi frá 13. febrúar 2013 að Kaupfélag Skagfirðinga hefði fært sig úr framleiðslu á vörum með hærri framlegð í vörur með lægri framlegð. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála féllst ekki á að hið síðarnefnda teldist brot gegn 19. gr. samkeppnislaga en staðfesti engu að síður þá 40.000.000 króna stjórnvaldssekt sem stefndi lagði á vegna brota á greininni. Þrátt fyrir að áfrýjunarnefndin hafi þannig ekki talið nema annað atriðið sem stefndi byggði á að þessu leyti til brots gegn 19. gr. er ljóst að hún taldi það brot eitt og sér það alvarlegt að það réttlætti sömu sektarfjárhæð og stefndi hafði ákvarðað fyrir bæði brotin. Á þá niðurstöðu verður fallist enda fólst í brotinu að markaðsráðandi fyrirtæki, sem krafði var skýringa á ástæðum verðmismunar sem var fyrir hendi, lagði ekki fram helsta gagnið sem það telur skýra verðmuninn fyrr en eftir að stefndi hafði tekið ákvörðun í málinu. Eru því engin efni til að ákveða lægri stjórnvaldssekt vegna þessa brots en ákveðin var í úrlausnum samkeppnisyfirvalda.
- 47 Önnur sjónarmið sem áfrýjandi hefur fært fram í málinu geta ekki leitt til þess að kröfur hans verði teknar til greina. Verður samkvæmt þessu fallist á kröfu stefndu um staðfestingu hins áfrýjaða dóms, þar á meðal um málskostnað.
- 48 Þótt forsendur hins áfrýjaða dóms beri með sér að kröfu áfrýjanda á hendur stefnda íslenska ríkinu sé hafnað þá er sýknu af þeirri kröfu ekki getið í dómsorði auk þess sem ekki er tekin afstaða til málskostnaðarkröfu stefnda íslenska ríkisins á hendur áfrýjanda. Ekki þykir þó nægilegt tilefni til ómerkingar hins áfrýjaða dóms af þessum sökum eða til breytinga á dómsorði, meðal annars í ljósi þeirrar afstöðu stefnda íslenska ríkisins hér fyrir dómi að krefjast engu að síður staðfestingar hins áfrýjaða dóms.
- 49 Samkvæmt úrslitum málsins verður áfrýjanda gert að greiða báðum stefndu málskostnað fyrir Landsrétti eins og í dómsorði greinir.

Dómsorð:

Hinn áfrýjaði dómur skal vera óraskaður.

Áfrýjandi, Mjólkursamsalan ehf., greiði stefnda Samkeppniseftirlitinu 2.000.000 króna og stefnda íslenska ríkinu 500.000 krónur í málskostnað fyrir Landsrétti.

Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 29. maí 2018

Mál þetta, sem var dómtekið 14. maí sl., er höfðað fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur, annars vegar af Mjólkursamsölnni ehf., Bitruhálsi 1, Reykjavík gegn Samkeppniseftirlitinu, Borgartúni 26, Reykjavík og íslenska ríkinu, Vegmúla 3, Reykjavík, og hins vegar af Samkeppniseftirlitinu gegn Mjólkursamsölnni 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, Mjólkursamsölnnar 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 Mjólku 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 Mjólku 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 Mjólka I og síðar Mjólkurbúið höfðu þurft að greiða allt að 17% hærra verð fyrir hrámjólkina en það verð sem KS og Mjólka 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 samningsins 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 aðalstefnandi 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 samkeppnisyfirvöld 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 gegn 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 Mjólku 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 fyrir 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 byggi 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 réttari 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 álitargerð um tengsl búvörlaga og samkeppnislaga og gera tillögur til breytinga. Í álitargerðinni 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 álitargerðinni 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 innlandan 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 álitargerðarinnar og tekið fram að frumvarpið sé lagt fram til „að eyða þeirri réttaróvissu sem skapast [hafi] um að gildandi búvörlög, nr. 99/1993, tryggji 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 hnykk á því að tilgangurinn væri að veita undanþágu frá samruna- og samráðsákvæðum samkeppnislaga. Frumvarpið byggði á þeirri tillögu álitgjafanna 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 búvörlögin 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 rétttri 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 endurútgefin 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 grundvallarhráefni 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 sérlægum. 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 almannahagsmuni. 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 meg 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 keppnauta, 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 tiltekinnar 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 ólögfesta heimild til tiltekinnar samráðs keppnauta (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 keppnauta 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 áliti 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 sjálft því hvort það verður við slíkri hvatningu eða nýtir sér slíka heimild, sbr. áðurnefndan 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 óhjálkvæmilegar 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 hrá mjólkur 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 örökstudd 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 áðurnefndum 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 hrá mjólk 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 hrá mjólk 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 hrá mjólk 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 Mjólkú 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 óhófliga 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 hrámjól til KS og Mjólkú 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 hrámjól til KS og Mjólkú II á lægra verði en til annarra verið liður í að bæta tapaða framlegð vegna slíks samkomulags og samstarfs. Það liggja í hlutarins eðli að til þess að unnt sé að gera slíkt samkomulag eða viðhafa slíkt samstarf þurfi að tryggja að framlegð aðila þess breytist ekki eftir því hvaða vörur þeir 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 rétttri 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 ólögsmætrar 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 Mjólklu 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 Mjólklu 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 grundvallarhræfni 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 samþykkja 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 keppnauta hans, KS og Mjólklu II, hvort framlegð sé jöfnuð með miðlun tiltekins magns af hrámjólk á innvigtunarverði eða með öðrum hætti og eðlilegt að sú leið sem sé hagkvæmust 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 hrámjólk 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 Mjólkur 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 Mjólkur 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 Mjólkur II að framleiðslusamstarfi aðalstefnanda og KS sé ófullnægjandi og úrskurður nefndarinnar haldinn annmörkum af þeim sökum.

Aðild Mjólkur II að framleiðslustarfinu sé byggð á munnlegum samningi líkt og Mjólkur II hafi staðfest með bréfi dags. 12. febrúar 2015. Þá beri það skýran vott um aðild Mjólkur II að umræddu samstarfi að framleiðsla Mjólkur 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 herra 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 lækun sektar byggist á því að aðalstefnandi hafi ávallt talið alla starfsemi sína, þar með talið framlegðar- og verkaskiptasamkomulagið og samstarf hans við KS og Mjólk 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 samkeppnisfyrirvöldum, 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 Mjólk 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 þrjú 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 smjörösalan sf. („OSS“) hafi áður brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga, með því að beita Mjólk I verðmismunun, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2006. Þarna sé að mati aðalstefnanda um að ræða verulega einföldun og byggir 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 bændna 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.

IV

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% hlutfjár í fyrirtækinu. Við meðferð málsins fyrir samkeppnisfyrirvöldum var fyrirtækið til aðgreiningar ídulega 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 efdum.

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 klofnaði 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 verkaskipta-samkomulags 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 sammingsforsendur stuðla að jöfnun framlegðar milli mjólkurvara. Þetta skal gert í þeim tilgangi að þeir lögaðilar sem standa að eignarhaldi og rekstri MS ehf., hafi sambærilega rekstrarafkomu við vinnslu mjólkur, óháð þeirri verkaskiptingu afurðastöðva eins og hún kann að verða ákveðin hverju sinni með hagsmuni greinarinnar í heild sinni að leiðarljósi.“

Í A-hluta samkomulagsins er í 2. gr. fjallað um breytingu á framleiðslu-skipulagi milli aðalstefnanda og KS. KS hætti framleiðslu og þökkun 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 ferskvara 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 millj. 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 sölubóknun 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 hrámjólkinn 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 Mjólk 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 Mjólku 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. búvörlaga.

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 Mjólku II. Þá hafi aðalstefnandi og KS samstarf um verkaskiptingu og framleiðslustýringu á grundvelli 71. gr. búvörlaga 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. búvörlaga, 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 hrámjólk til vinnslu mjólkurafurða. Fælist misnotkunin í því að á árunum 2008–2013 hefði aðalstefnandi selt keppinautum sínum hrámjólk á hærra verði en hans eigin framleiðsludeild annars vegar og aðilar tengdir honum hins vegar þurftu að greiða fyrir slíka mjólk. 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, hrámjólk á verði sem var það sama og hið opinbera lágmarksverð sem gildi gagnvart mjólkurbændum. Verð aðalstefnanda á sömu hrámjólk 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 mjólk. 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 forsoðu 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. (endurútfegin 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 innlandan og erlendan markað. Í slíku samkomulagi er heimilt að kveða á um verðtilfærslu til að jafna framlegð mismunandi framleiðslutegunda á milli mjólkurbúa. Fimmannanefnd getur gripið inn í verðtilfærslu milli afurða telji hún það nauðsynlegt. Verðtilfærsla má aldrei verða hærri fjárhæð en sem svarar hráfnisverði 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 innlandan 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 Vilhjálmssyni hrl. og Eiríki Tómassyni prófessor að skrifa álitargerð 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 álitargerð sinni til landbúnaðarráðherra 30. apríl 2004.

Í kjölfarið fór fram endurskoðun á búvörulögunum og í meginráttum 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 heilðsöluverði gildissviði samkeppnislaga. Í álitargerðinni 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 fortakslaut ákvæði sé að ræða. Er þá hvoru tveggja lítið 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 verðmiðlunargjaldi 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. falist 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 kaupá á hrámjólk, sem og öflugasti keppinautur þeirra.

Samkvæmt gögnum málsins greiddu keppinautar aðalstefnanda hrámjólk á herra 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. Sekst 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, Mjólkursamsölnunnar 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.