



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Mánudagur, 22. september 2014

Ákvörðun nr. 26/2014

Misnotkun Mjólkursamsölnunnar ehf. á markaðsráðandi stöðu sinni

Efnisyfirlit

	bls.
I. UPPHAF MÁLS OG MÁLSMEÐFERÐ	3
1. Sjónarmið í bréfi MS, dags. 7. janúar 2013.....	3
2. Sjónarmið í bréfi MS, dags. 13. febrúar 2013.....	5
3. Sjónarmið í kvörtun Mjólkurbúsins, dags. 10. maí 2013.	7
4. Andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins og sjónarmið málsaðila	9
II. GILDISSVIÐ SAMKEPPNISLAGA O.FL.	10
1. Gildissvið samkeppnislaga	10
1.1 Sjónarmið MS	10
1.2 Mat Samkeppniseftirlitsins	13
2. Ætluð hlutdrægni Samkeppniseftirlitsins	18
III. SKILGREINING MARKAÐARINS OG STAÐA MS	20
1. Skilgreining markaðarins	20
1.1 Sjónarmið MS	20
1.2 Mat Samkeppniseftirlitsins	21
2. Staða MS á markaðnum	23
2.1 Sjónarmið MS	23
2.2 Mat Samkeppniseftirlitsins	24
IV. MISNOTKUN Á MARKAÐSRÁÐANDI STÖÐU	31
1. Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga.....	31
1.1 Almennt um bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu	31
1.2 Ólögमत mismunun	34
1.3 Um sjónarmið MS varðandi túlkun 11. gr. samkeppnislaga	37
2. Aðgerðir MS og ákvæði búvörulaga.....	39
2.1 Skýringar MS á mismunandi verði á hrá mjólk	40
2.2 Ákvæði búvörulaga og mismunun í verði gagnvart Mjólk II og	43
Mjólkurbúinu.....	43
2.2.1 Aðeins skýr ákvæði búvörulaga geta vikið 11. gr. samkeppnislaga	43
til hliðar	43



2.2.2	Staða viðkomandi fyrirtækja skv. búvörulögum.....	45
2.2.3	Verðákvæðanir verðlagsnefndar búvara o.fl.....	47
2.2.3	Fundargerðir verðlagsnefndar búvara	50
2.3	Niðurstaða.....	53
2.3.1	Nánar um sjónarmið MS.....	55
2.4	Nánar um verðlagningu MS og áhrif hennar	59
3.	Brot á 11. gr. samkeppnislaga	64
3.1	Kjarni málsins.....	64
3.2	Rík skylda hvílir á MS.....	65
3.3	Niðurstaða.....	66
3.4	Nánar um sjónarmið MS	71
3.4.1	Um skyldur MS samkvæmt samkeppnislögum o.fl.	71
3.4.2	Um að verðlagning á hrá mjólk hafi ekki verið rannsökuð nægjanlega	73
3.4.3	Um samskonar viðskipti	75
3.4.4	Um ólíka skilmála	76
3.4.5	Um veikingu á samkeppnisstöðu	77
3.4.6	Nánar um áhrif aðgerða MS o.fl.	84
3.4.7	Um hlutlægar réttlættingarástæður	89
3.5	Samandregin niðurstaða	90
V.	Viðurlög.....	91
1.	Sjónarmið MS	91
2.	Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins	92
VI.	Ákvörðunarorð	101



I. UPPHAF MÁLS OG MÁLSMEÐFERÐ

Þann 18. desember 2012 sendi Mjólkurbúið Kú ehf. (Mjólkurbúið) verslanakeðjum og viðskiptavinum sínum tölvupóst þar sem því er haldið fram að Mjólkurbúið greiði 17% hærra verð fyrir hrámjólk hjá Mjólkursamsölunni ehf. (MS) en keppinautar Mjólkurbúsins á viðkomandi markaði þurfi að greiða. Með tölvupóstinum fylgdi afrit af reikningum MS til Mjólkurbúsins þar sem verð fyrir hrámjólk var 90,74 kr. á lítra og til Mjólku ehf. (Mjólka) þar sem verðið var 77,69 kr. á lítra. Mjólkurbúið telur að með framangreindum mun á hráefnisverði til vinnsluaðila misbeiti MS markaðsráðandi stöðu sinni og sé aðgerðunum ætlað að draga úr samkeppnishæfni Mjólkurbúsins.

Mjólkurbúið sendi Samkeppniseftirlitinu og fjölmiðlum afrit af tölvupóstinum. Með bréfi til Samkeppniseftirlitsins, dags. 18. janúar 2013, kvartaði Mjólkurbúið síðan yfir því að MS hafi brotið gegn 10. og 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 með umræddri verðlagningu.

Í erindi Mjólkurbúsins kemur fram að frá því í nóvember árið 2010 hafi MS misnotað markaðsráðandi stöðu sína með því að krefjast ósanngjarns söluverðs sem sé tæplega 17% hærra hrámjólkurverð en aðrir kaupendur þurfi að greiða fyrir hrámjólk frá MS. Með þessu hafi MS brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga sem kveði á um bann við misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu. Tekið er fram að í a-lið framangreindrar lagagreinar segi að brot geti m.a. falist í því að beint eða óbeint sé krafist ósanngjarns kaup- eða söluverðs eða aðrir ósanngjarnir viðskiptaskilmálar settir.

1. Sjónarmið í bréfi MS, dags. 7. janúar 2013.

Með tölvupósti Samkeppniseftirlitsins til MS 20. desember 2012 var félaginu tilkynnt um tölvupóst Mjólkurbúsins 18. desember s.á. og óskað skýringa MS á því hvað valdi ólíku verði á hrámjólk til Mjólkurbúsins annars vegar og Mjólku hins vegar.

Svar MS barst Samkeppniseftirlitinu með bréfi fyrirtækisins, dags. 7. janúar 2013, þar sem því er haldið fram að um ólík viðskipti sé að ræða. Í tilviki Mjólkurbúsins sé um að ræða sölu á mjólk í lausu máli með afslætti en án frekari kostnaðar og skuldbindinga af hálfu kaupanda. Í tilviki Mjólku sé hins vegar um að ræða miðlun á hráefni til Mjólku á kostnaðargrunni innan viðskiptasambands sem beri aukakostnað af söfnun, lyfjaeftirliti, gæðaeftirliti, frumvinnslu og dreifingu auk sölutryggingar til bænda. Í þessu sambandi er tekið fram að Mjólka sé dótturfélag í 100% eigu Kaupfélags Skagfirðinga svf. (KS). Þá eigi Auðhumla svf. (Auðhumla) 90% í MS á móti 10% eignarhluta KS.

Að því er snertir fyrrgreint viðskiptasamband kemur fram að fyrirkomulag í mjólkursöfnun, vinnslu og dreifingu sé með þeim hætti að samvinnufélögin Auðhumla og KS kaupi mjólk af bændum um land allt og tryggji móttöku á öllu greiðslumarki bænda. Félagin eigi og stjórnir MS í hlutföllunum 90/10. MS reki fimm afurðastöðvar en KS eina afurðastöð í Skagafirði. Þá selji KS afurðir sínar í gegnum MS. Auk þess eigi KS 100% hlut í Mjólku sem sé starfrækt í Hafnarfirði.¹ Auðhumla, MS, KS og Mjólka hafi leyfi til að vigta inn

¹ Mjólka ehf. var áður að stórum hluta í eigu sama aðila fram til ársloka 2009 og nú á Mjólkurbúið. Vísað er til hans í þessu skjali sem kvartanda í þessu máli. Með samrunatilkynningu sem barst Samkeppniseftirlitinu þann



mjólk til vinnslu og sölu. Utan þessarar viðskiptasamstæðu starfi síðan önnur fyrirtæki sem kaupi mjólk af MS til frekari vinnslu.

Þegar MS hafi verið sett á laggirnar árið 2007 hafi ný verkaskipting verið ákveðin á milli fyrirtækjanna sem að henni stóðu. Þetta hafi meðal annars falið í sér að afurðastöð KS á Sauðárkróki framleiði nú nánast eingöngu ost með tiltölulega lágri framlegð. Þá hafi ferskvöruframleiðsla sem áður hafi verið hjá KS flust til MS.

Í bréfi MS til Samkeppniseftirlitsins er bent á að í ákvörðun eftirlitsins nr. 40/2009 sé fjallað um stöðu á mjólkurmarkaði og tengsl KS og MS þar sem meðal annars komi fram það grundvallarviðhorf Samkeppniseftirlitsins að:

„Af þessum miklu samráðstengslum leiðir að líta ber á MS og KS sem einn og sama aðilann í viðskiptalegu tilliti“

Þau samráðstengsl sem þarna sé vísað til sé samstarf fyrirtækjanna sem byggja á 71. gr. laga um framleiðslu, verðlagningu og sölu á búvörum nr. 99/1993 (búvörulög) þar sem afurðastöðvum í mjólkuriðnaði sé veitt heimild til þess að vinna saman til þess að halda niðri kostnaði.

Samvinna Auðhumla, MS og KS á þessum vettvangi sé með þeim hætti að mjólkurvinnsla KS og dótturfélaga þess falli undir sameiginlega framleiðslustjórn félaganna og verkaskiptingu í samræmi við heimildir búvörulaga. Tekið er fram að Auðhumla, MS og KS vigti beint inn mjólk frá bændum og séu afurðastöðvar í skilningi laga. Hluti af sameiginlegri framleiðslustýringu þeirra og dótturfélaga sé að félögin vinni á sama mjólkurverðsgrunni, þ.e.a.s. lágmarksverði til bænda og miðli mjólk á milli sín á því verði.

Í bréfi MS kemur fram að heildarmjólkurmiðlun á árinu 2012 að meðtöldu því sem miðlað hafi verið frá MS til Mjólkur hafi verið ríflega 3,5 milljónir lítra. Ástæða þess að MS miðli í þessu tilviki mjólk til dótturfélags KS í Hafnarfirði sé fyrst og fremst í hagræðingarskyni. KS kaupi mjólk beint frá bændum í Skagafirði og gæti miðlað til dótturfélagsins Mjólkur. Tekið er fram að Mjólkur hafi sjálf afurðastöðvarleyfi og gæti einnig vigtað inn mjólk beint og á þessu sama verði. Það sé fyrst og fremst hagkvæmnisatriði að þessi mjólk komi frá MS.

Að því snertir mismun í verðlagningu á mjólk til Mjólkur annars vegar og Mjólkurbúsins hins vegar segir eftirfarandi í bréfinu:

„Verðið sem tilgreint er í reikningi Mjólkursamsölunnar ehf. til Kú ehf. er verð á mjólk í lausu máli ákvarðað af verðlagsnefnd búvöru í samræmi við 8. gr. laga nr. 99/1993 um framleiðslu, verðlagningu og sölu á búvörum, að frádregnum afslætti vegna hagræðis sem felst í reglulegri afhendingu á magni.“

18. ágúst 2009 var tilkynnt að KS hefði keypt 87,5% í Mjólkur. Fjallað var um samrunann í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 40/2009 *Samruni Kaupfélags Skagfirðinga svf. og Mjólkur ehf./Eyjabú ehf.*



Verðmunur á mjólk í lausu máli og lágmarksverði til bænda er hugsað þannig af hálfu verðlagsnefndar búvöru að verð á mjólk í lausu máli vegi upp innkaupsverð á hrámjólk og hins vegar kostnað félagsins sem safnar, frumvinnur og selur í heildsölu (kostnaður vegna móttöku, lyfja- og gæðaeftirlits, frumvinnslu og afhendingu auk eðlilegrar álagningar). Verðmunurinn (verð á mjólk í lausu máli og innkaupsverð á mjólk) vegur einnig á móti þeirri áhættu sem felst í skuldbindingum Auðhumlu svf./Mjólkursamsölnunnar ehf. og Kaupfélags Skagfirðinga svf. að kaupa alla mjólk á félagssvæði sínu á lágmarksverði til bænda án tillits til þess hvort markaður er fyrir allt ákvarðað greiðslumark hvers árs."

Með bréfi, dags. 30. janúar 2013, sendi Samkeppniseftirlitið MS kvörtun Mjólkurbúsins, dags. 18. janúar 2013, og gerði grein fyrir efni hennar. Með vísan til þessa og 19. gr. samkeppnislaga óskaði eftirlitið eftir nánar tilteknum upplýsingum og gögnum.

Í fyrsta lagi var óskað eftir afriti af reikningum MS til Mjólkurbúsins og Mjólkku. Í öðru lagi upplýsingum um hvort um sambærilega mjólk væri að ræða hvað varðar vinnslustig og gæði sem MS afgreiddi til Mjólkku annars vegar og Mjólkurbúsins hins vegar. Í þriðja lagi upplýsingum um annan kostnað, ef einhver væri, sem Mjólkka bæri vegna afgreiðslu á mjólk frá MS sem innifalinn væri í verði mjólkur til Mjólkurbúsins. Að öðru leyti var óskað eftir umsögn MS um erindi Mjólkurbúsins til Samkeppniseftirlitsins. Í fjórða lagi var beðið um afrit af gögnum er sýndu greiðslur MS og Auðhumlu, ef einhverjar væru, til Mjólkku á tímabilinu frá 1. janúar 2009 til 31. desember 2012.

2. Sjónarmið í bréfi MS, dags. 13. febrúar 2013.

Athugasemdir MS og þau gögn sem óskað hafði verið eftir bárust Samkeppniseftirlitinu með bréfi félagsins, dags. 13. febrúar 2013. Í bréfinu mótmælti MS því að hafa brotið ákvæði samkeppnislaga. Kvörtun Mjólkurbúsins væri byggð á því að MS væri ekki heimilt að miðla mjólk til Mjólkku á innvigtunarverði á sama tíma og mjólk væri seld til Mjólkurbúsins á verðlistaverði fyrir mjólk í lausu máli. MS ætti í framleiðslusamstarfi við Mjólkku í samræmi við ákvæði búvörlaga. Af kvörtuninni væri ekki unnt að sjá með hvaða hætti félagið hefði brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga.

Að því er snerti samstarf MS við Mjólkku vísaði félagið til 71. gr. búvörlaga þar sem kæmi fram að þrátt fyrir ákvæði samkeppnislaga væri 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.

Að mati MS væri Mjólkka afurðastöð í skilningi búvörlaga og vísaði félagið í því sambandi til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 40/2009 og bréfs Samkeppniseftirlitsins, dags. 30. september 2011, í tilefni af kvörtun Félags íslenskra mjólkurfræðinga. Í kvörtuninni hefði því verið haldið fram að MS og Mjólkka hefðu með samstarfi sínu brotið gegn 10. og 11. gr. samkeppnislaga en Samkeppniseftirlitið hefði ekki ástæðu til að aðhafast í málinu meðal annars með vísan til 71. gr. búvörlaga. Á grundvelli ofangreinds væri ljóst að MS



væri heimilt að eiga í samstarfi við Mjólkku um verkaskiptingu og framleiðslustýringu til að halda niðri kostnaði við framleiðslu, geymslu og dreifingu mjólkurafurða.

Um framangreinda verkaskiptingu og aðdraganda að samstarfi Mjólkku við MS og KS segir í bréfi MS:

„Skipulagið á mjólkurframleiðslu hérlendis er með þeim hætti að Auðhumla svf., sem er samvinnufélag í eigu um 640 kúabænda, og KS sem er samvinnufélag með um 4.500 félagsmenn, hafa starfað saman að rekstri MS og Mjólkurbús KS frá ársbyrjun 2007. Samvinnufélögin eiga og reka saman MS. Framleiðsla MS og mjólkurstöðvar KS er undir sama framleiðsluskipulagi, sem felur í sér sérhæfingu vinnslustöðva í framleiðslu og ákveðna verkaskiptingu milli fyrirtækjanna. Starfsemi Mjólkurbús KS hefur verið þróuð nær alfarið yfir í ostaframleiðslu til að lækka flutningskostnað á afurðum. Þetta fyrirkomulag í starfsemi fyrirtækjanna byggir á framlegðarjöfnun í gegnum hræfnismiðlun til að mæta því að KS hefur fært sig úr framleiðslu á vörum með hærri framlegð í vörur með lægri framlegð. Markmið fyrirkomulagsins er að lækka verulega kostnaði í mjólkurframleiðslu.

Undir lok árs 2008 hófust viðræður milli KS og eiganda fyrirtækjanna Mjólkku og Vogabæjar um kaup KS á fyrirtækjunum. KS leitaði sumarið 2009 til Auðhumlu, meirihlutaeiganda umbj. míns um möguleika á að félögin réðust saman í þessi kaup. Á þeim tíma var afkoma umbj. míns neikvæð og ekki talið rétt að ráðast í slíkar fjarfestingar, auk þess sem Auðhumla, móðurfélag umbj. míns, hafði orðið fyrir umtalsverðu tapi við bankahrunið. Á endanum varð úr að KS keypti Mjólkku og Vogabæ í kjölfar framangreindrar ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins í máli nr. 40/2009.

Eftir kaup KS á Mjólkku færðist Mjólkka í raun undir framleiðsluskipulag félaganna tveggja. Þetta hefur m.a. birst í því að stærsta vinnslulína Mjólkku, rifostaframleiðsla, var færð til Mjólkurbús KS á Sauðárkróki. Framleiðsla á mozzarellaosti til rifostaframleiðslunnar var færð til Mjólkurbús MS á Egilsstöðum. Loks var skyrkökuframleiðsla Mjólkku útvistuð til MS. Í undirbúningi eru frekari breytingar af þessu tagi á starfsemi Mjólkku. Fyrir vikið er litið á KS og Mjólkku sem einn aðila í samstarfinu og mjólk miðlað þangað á sama kostnaðarverði og almennt gildir milli félaganna.”

Að mati MS væri kvörtun Mjólkurbúsins byggð á þeirri afstöðu að það væri óeðlilegt að mjólk væri miðlað til Mjólkku sem hluta af því framleiðslusamstarfi sem að framan væri lýst. MS væri ekki sammála þeim sjónarmiðum. Hvað varðaði óánægju Mjólkurbúsins á þeim mun sem væri á verði mjólkur til framangreindra samstarfsaðila annars vegar og Mjólkurbúsins hins vegar tók MS fram að verðlagning á mjólk væri í raun í mjög föstu formi og ákvörðuð af verðlagsnefnd búvara. Í því sambandi tók MS fram eftirfarandi:

„Það er verðlagsnefnd búvöru sem ákvarðar lágmarks-/hámarksverð á þremur flokkum mjólkur:



- a. lágmarksverð til bænda,
- b. hámarksverð á mjólk í lausu máli (til annarra í mjólkuriðnaði),
- c. hámarksheildsöluverð á pakkaðri mjólk á markaði.

Því er í sjálfu sér ekkert athugavert við verðlagningu umbj. míns á mjólk til Mjólkurbúsins Kú. Hún byggir á verðlista (hámarksverð) sem ákvarðaður er af verðlagsnefnd búvöru. Frá því verði hefur umbj. minn veitt Mjólkurbúinu Kú 2,7% mánaðarlegan afslátt, auk 2,7% afslátt á heildarviðskipti ársins. Verðmuninum sem verðlagsnefnd búvöru ákvarðar á þremur flokkum mjólkur (framleiðslu bænda, mjólk í lausu máli og pakkaðri mjólk) er ætlað að mæta ákveðnum kostnaði sem fyrirtækin, sem kaupa mjólk af bændum, hafa af starfsemi sinni. Þessi kostnaður kemur ekki sundurliðaður fram í reikningum en þegar MS og KS taka mjólk til vinnslu bera félagin vitaskuld þennan kostnað í starfsemi sinni. Meðfylgjandi kostnaðarliðir skýra verðmuninn á lágmarksverði til bænda (innkaupsverði) og verði á mjólk í lausu máli:

- Greiðslur umfram lágmarksverð (fyrir úrvalsmjólk)
- Þátttaka í söfnunarkostnaði með bændum
- Kostnaður vegna mjólkureftirlits
- Kostnaður vegna rannsóknarstofu
- Kostnaður vegna dreifingar til viðskiptavina
- Kostnaður vegna rýrnunar í vinnslu
- Kostnaður vegna afsetningar greiðslumarks erlendis
- Hlutdeild í stjórna- og sölukostnaði og eðlileg álagning vegna áhættu"

Að mati MS væru full rök að baki þeim verðmun sem væri á mjólk í lausu máli til Mjólkurbúsins og því lágmarksverði á mjólk til bænda sem MS og samstarfsaðilar félagsins miðluðu sín á milli. MS teldi rétt að því væri haldið til haga að framleiðsla Mjólkurbúsins hefði ekki verið í samkeppni við framleiðsluvörur Mjólkur heldur miklu fremur framleiðsluvörur MS. MS hefði verið Mjólkurbúinu innan handar með ýmsa hluti og greitt götu fyrirtækisins fremur en hitt. Í því sambandi nefndi MS að félagið hafi m.a. hækkað skulðapak Mjólkurbúsins fyrir jólin 2012 þar sem félagið hafi ekki með öðrum hætti getað fjármagnað hráefniskaup fyrir jólavertíðina. Sama hafi átt sér stað um páska árið 2012.

Samkeppniseftirlitið sendi Mjólkurbúinu athugasemdir og viðbótarupplýsingar MS með bréfi, dags. 5. mars 2013, og tölvupósti 15. mars 2013.

3. Sjónarmið í kvörtun Mjólkurbúsins, dags. 10. maí 2013.

Samkeppniseftirlitinu barst kvörtun Opus lögmönnum f.h. Mjólkurbúsins, dags. 10. maí 2013 (misritað 10. maí 2012 í kvörtuninni), vegna verðlagningar á venjulegri hrámjólk annars vegar og lífrænni mjólk hins vegar sem fjallað var um í annarri kvörtun Mjólkurbúsins til Samkeppniseftirlitsins, dags. 18. janúar 2013.



Samkeppniseftirlitið telur að um tvö aðskilin mál sé að ræða og mun í þessari ákvörðun aðeins fjalla um þann hluta kvörtunarinnar er varðar verðlagningu á venjulegri hrámjólk. Kvörtun Mjólkurbúsins í tengslum við afgreiðslu á lífrænni mjólk verður tekin fyrir í öðru aðskildu máli. Í kvörtuninni, dags. 10. maí 2013, segir að hún sé til fyllingar fyrri kvörtun Mjólkurbúsins til Samkeppniseftirlitsins og sé hluti af málatilbúnaði félagsins í því máli.

Í kvörtun Mjólkurbúsins kemur fram að hún beinist gegn MS sem sé rekstrarfélag mjólkuriðnaðarins á Íslandi í eigu rúmlega 700 kúabænda um land allt eins og segir á heimasíðu félagsins. Hlutverk félagsins sé að taka við mjólk frá eigendum sínum og umbreyta í mjólkurafurðir af ýmsu tagi. Tekið er fram að félagið haldi úti öflugum dreifingarkerfi sem tryggi landsmönnum reglulegan aðgang að ferskum mjólkurafurðum. Erindið beinist einnig gegn Auðhumlu svf. sem sé móðurfélag MS með 90,1% eignarhlut.

Í kvörtuninni kemur fram að Mjólkurbúið hafi verið stofnað í febrúar 2009 og að stofnendur þess séu tveir einstaklingar. Megintilgangur félagsins sé úrvinnsla á mjólk og matvælaframleiðsla. Fyrstu vörur félagsins hafi farið á markað í árslok 2010 sem séu mygluostar, þ.e. ostarnir Ljúflingur sem sé hvítmygluostur, Öðlingur sem sé hvít- og blámygluostur og síðar hafi komið ostarnir Fiðringur sem sé blámygluostur og Glaðningur sem sé lífrænn ostur. Þá hafi félagið hafið framleiðslu á sósum, majónesi, sýrðum rjóma og rifnum osti sem séu framleiðsluvörur sem framleiddar séu samkvæmt nýrri framleiðsluáðferð þar sem notkun á mjólk sem hráefni sé lágörkuð.

Vísað er til þess sem áður hafi komið fram að Mjólkurbúið hafi greitt tæplega 17% hærra verð en Mjólkka fyrir hrámjólk frá MS. MS sé óumdeilanlega í markaðsráðandi stöðu á þeim markaði sem um ræðir. Með framangreindri háttsemi telji Mjólkurbúið að MS hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga, sér í lagi c-lið ákvæðisins sem kveði á um að bannað sé að viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra sé veikt. Mjólkurbúið telji að engin rök hafi verið færð fram í málinu sem leiði til þess að framangreind háttsemi MS samræmist ákvæðum samkeppnislaga. Ákvæði búvörulaga nr. 99/1993 breyti engu í þessu sambandi, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 39/2006, *Erindi Mjólkku ehf. vegna misnotkunar Osta- og smjöröslunnar sf. á markaðsráðandi stöðu.*

Samkeppniseftirlitið sendi MS kvörtun Mjólkurbúsins, dags. 10. maí 2013, til umsagnar með bréfi, dags. 13. maí 2013. Umsögn MS barst með bréfi, dags. 5. júní 2013, þar sem fram kemur að félaginu sýnist að kvörtun Mjólkurbúsins vegna verðlagningu MS á hrámjólk hafi þegar verið sett fram í fyrri kvörtun félagsins til eftirlitsins, dags. 18. janúar 2013. Í bréfi MS kemur fram að félagið hafi þegar svarað þeirri kvörtun með ítarlegu bréfi, dags. 13. febrúar 2013, og hafi engu við það að bæta.

Samkeppniseftirlitið hefur óskað eftir upplýsingum frá verðlagsnefnd búvara og bærust umbeðnar upplýsingar með bréfi atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytisins, dags. 10. desember 2013.



4. Andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins og sjónarmið málsaðila

Í erindi Mjólkurbúsins var kvartað undan því að frá því í nóvember 2010 hefði MS kafið fyrirtækið um tæplega 17% hærra verð fyrir hrámjólk heldur en Mjólku. Mjólkurbúið var stofnað árið 2009 og eru stofnendur og aðaleigendur félagsins þeir Ólafur M. Magnússon og Tómas Kr. Sigurðsson. Fyrsta starfsárið var notað til undirbúnings að rekstrinum en tilraunaframleiðsla var hafin í maí 2010. Fyrir tíma Mjólkurbúsins stofnaði Ólafur M. Magnússon og fjölskylda að Eyjum II í Kjós ásamt aðilum tengdum henni fyrirtækið Mjólku í febrúar árið 2005. Síðar gerðist Vífilfell hluthafi í fyrirtækinu. Mjólka rak mjólkurframleiðslu í eigin búi að Eyjum II í Kjós og einnig mjólkurstöð sem sérhæfði sig í framleiðslu á ostum og öðrum mjólkurafurðum fyrir innanlandsmarkað. Mjólka var síðar seld KS í árslok 2009.

Áður en Mjólk var seld KS var fyrirtækið keppinautur MS og tengdra fyrirtækja. Eftir söluna er hún það ekki enda er í málinu litið á MS, KS og Mjólku í eigu KS sem sama aðilann í viðskiptalegu tilliti. Til aðgreiningar verður vísað til Mjólku í eigu KS sem „*Mjólku II*“. Mjólka fyrir söluna til KS verður nefnd „*Mjólka I*“. Eftir að erindi Mjólkurbúsins barst Samkeppniseftirlitinu var ákveðið að lengja rannsóknartímabil þessa máls aftur til þess tíma er Mjólka I keypti hrámjólk af MS til sinnar framleiðslu. Rannsóknartímabil málsins eru því árin 2008-2013.

Samkeppniseftirlitið birti MS andmælaskjal, dags. 23. janúar 2014, þar sem var tekið til athugunar hvort MS hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með því að hafa mismunað keppinautum með verðlagningu sinni á viðkomandi markaði. Í andmælaskjalinu komst Samkeppniseftirlitið að þeirri frumniðurstöðu að MS hafi með alvarlegum hætti brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og að meint brotatímabil sé frá árinu 2008 til þess dags er andmælaskjalið var birt.

Sjónarmið Mjólkurbúsins um andmælaskjalið bárust 11. mars 2014 þar sem tekið er undir frumniðurstöðu Samkeppniseftirlitsins en auk þess voru gerðar athugasemdir við einstök atriði málsins og verður í umfjöllun hér á eftir gerð grein fyrir þeim eftir því sem við á.

Sjónarmið MS um andmælaskjalið bárust 14. mars 2014. Fyrirtækið mótmælir því að hafa brotið gegn samkeppnislögum og verður í umfjöllun um einstök atriði málsins gerð grein fyrir sjónarmiðum þess. Viðbótarsjónarmið MS við athugasemdir Mjólkurbúsins um andmælaskjalið bárust þann 2. maí 2014 og verður í umfjöllun um einstök atriði málsins einnig gerð grein fyrir sjónarmiðum þess eftir því sem við á.



II. GILDISSVIÐ SAMKEPPNISLAGA O.FL.

Í máli þessu er því sem fyrr segir haldið fram af hálfu Mjólkurbúsins að félagið borgi 17% hærra verð fyrir hrámjólk hjá MS en keppinautar félagsins á viðkomandi markaði, Mjólka II, þurfi að greiða. Um sé að ræða samkeppnishamlandi mismunun á hráefnisverði til afurðastöðva og félagið hafi þurft að þola ósanngjarnt söluverð í skilningi samkeppnislaga. Hafi MS brotið gegn 10. og 11. gr. samkeppnislaga.

MS mótmælir því að hafa brotið gegn 10. eða 11. gr. og vísar til þess að málið taki til verðs sem ákveðið sé af verðlagsnefnd búvöru. Um sé að ræða annars vegar lágmarksverð til bænda sem aðilar í framleiðslusamstarfi við MS, þ.e. KS og Mjólka II, miði við í verðlagningu á mjólk sem þeir selji sín á milli og hins vegar verð á mjólk í lausu máli sem MS miði við í verðlagningu á hrámjólk til annarra afurðastöðva, þ.e. þeirra sem standi utan við framleiðslusamstarfið. MS telji að framangreint framleiðslusamstarf sé heimilt með vísan til 71. gr. búvörulaga. Þá telji MS að ekki sé hægt að sjá af kvörtuninni með hvaða hætti félagið hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga.

Samkeppniseftirlitið fellst á að kvörtun Mjólkurbúsins beri ekki fyllilega með sér með hvaða hætti MS, Auðhumla, KS og Mjólka II eigi að hafa brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga en ef átt er við framleiðslusamstarf félaganna þá er það heimilt skv. 71. gr. búvörulaga, sbr. nánar hér síðar. Verður ekki fjallað frekar um meint brot á 10. gr. í málinu. Kemur hins vegar til athugunar í málinu hvort farið hafi verið gegn 11. gr. laganna. Rannsóknartímabil málsins eru árin 2008-2013.

Áður en vikið er að efni þessa máls þykir rétt að fjalla nánar um athugasemdir MS um lagaumhverfi mjólkuriðnaðars og um ætlaða hlutdrægni Samkeppniseftirlitsins.

1. Gildissvið samkeppnislaga

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins var það frummat lagt til grundvallar að viðskipti með mjólk falli almennt undir gildissvið samkeppnislaga og að ákvæði búvörulaga veiti markaðsráðandi fyrirtækjum í mjólkuriðnaði ekki almenna heimild til þess að fara gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Í athugasemdum MS við andmælaskjalið eru sett fram sjónarmið vegna þessa og er rétt að víkja að þeim.

1.1 Sjónarmið MS

MS heldur því fram að mál þetta hafi mótast að miklu leyti af því starfsumhverfi mjólkuriðnaðarins sem löggjafinn hafi ákveðið með búvörulögum. Bendir félagið á að til þess að fá beingreiðslur úr ríkissjóði þurfi kúabændur að undirgangast ýmis skilyrði, sem nánar sé lýst í samningi um starfsskilyrði um mjólkurframleiðslu. Það geri kúabændur m.a. með aðild sinni að Auðhumlu og KS, sem eru eigendur MS og Mjólku II. Skyldurnar sem hvíli þannig á MS séu að tryggja framleiðslu, sölu og dreifingu á mjólkurvörum í því magni sem raun ber vitni til allra landsmanna á sama verði allan ársins hring. MS tekur fram að vegna stöðu sinnar á markaði telji félagið sig skuldbundið til að kaupa alla mjólk af félagsmönnum Auðhumlu og KS án tillits til eftirspurnar neytenda hverju sinni. Tveir



grundvallarþættir búvörulaga þurfi að skoðast í samhengi en þeir séu annars vegar heimild um verkaskiptingu og hins vegar það sérstaka umhverfi verðlagningar sem lögin setji afurðastöðvunum, bæði hvað varði kaup á hráefni og sölu á afurðum. Að mati MS setji verðlagsákvæði laganna afurðastöðvum skýrar skorður sem hindri eða vinni gegn því að afurðastöðvar geti misnotað þá sérstöðu sem 71. gr. skapar þeim.

MS tekur fram að MS, KS og Mjólka II hafi með sér samstarf á grundvelli 71. gr. búvörulaga. Samstarfið feli í sér sérhæfingu í framleiðslu tiltekinna afurða, verkaskiptingu í hagræðingarskyni og leiðréttingu á framlegð félaganna. Í þeim tilgangi miðli félagin hráefni sín á milli á verði sem svari til lágmarksverðs til framleiðenda hverju sinni til samræmis við þá hagræðingu sem 71. gr. búvörulaga eigi að skapa. Er sagt að heildsöluviðskipti við aðila utan slíks framleiðslusamstarfs horfi við með allt öðrum hætti enda væri fyrirkomulag 71. gr. búvörulaga þá til lítils ef aðilum í slíku samstarfi væri skylt að verðleggja hráefni á umræddu lágmarksverði til aðila utan þess. MS telji verðlagningu fyrirtækisins á hrámjólk til Mjólkurbúsins því fyllilega í samræmi við það samstarf sem heimilað sé með 71. gr. búvörulaga sem taki mið af því hámarksverði á mjólk í lausu máli sem ákveðið sé af verðlagsnefnd búvöru og þar með þeim kostnaði sem til falli við meðhöndlun hennar eins og segir í umsögn félagsins.

MS bendir á að mikilvægar breytingar hafi verið gerðar á búvörulögunum með lögum nr. 85/2004. Frumvarpið sem varð að lögum nr. 85/2004 hafi verið samið í því skyni að lögfesta ákvæði sem ætlað hafi verið að eyða þeirri réttaróvissu sem skapast hafi um að búvörulög tryggðu ekki með nægjanlegri vissu að samráð, samruni og verðtilfærsla í mjólkuriðnaði væru undanskilin gildissviði samkeppnislaga.

MS segir að í frumvarpinu hafi hvergi verið talað um heimild til „*tiltekinnar samvinnu*“ eins og Samkeppniseftirlitið orði það í andmælaskjalinu, heldur hafi það verið vilji löggjafans að veita mjólkuriðnaðinum víðtækar heimildir til samráðs, samruna og tilfærslu fjármuna í gegnum starfsemina, án takmarkana.

MS setur út á það að í andmælaskjalinu skuli vera fjallað um álitserð Árna Vilhjálmssonar hrl. og Eriks Tómassonar prófessors, nú hæstaréttardómara, er fylgdi með frumvarpinu sem varð að lögum nr. 85/2004. MS telji það óljóst hvers vegna Samkeppniseftirlitið leggi áherslu á umrædda álitserð þar sem tillögum í henni hafi ekki verið fylgt í frumvarpinu sem eyði gildi hennar sem réttarheimildar. Því telji MS að umrædd álitserð hafi ekki sérstaka þýðingu í þessu máli.

Að mati MS hafi löggjafinn heimilað afurðastöðvum í mjólkuriðnaði að gera saminga sín á milli um verðtilfærslu milli tiltekinna afurða þrátt fyrir ákvæði samkeppnislaga, sbr. 3. mgr. 13. gr. búvörulaga. Þá hafi löggjafinn heimilað afurðastöðvum í mjólkuriðnaði að sameinast og gera með sér samkomulag um verkaskiptingu milli mjólkursamlaga að því er varðar framleiðslu einstakra mjólkurvara til að halda niðri kostnaði við framleiðslu, geymslu og dreifingu mjólkurafurða, sbr. 71. gr. búvörulaga. Að mati MS megi orða það svo að markmiðið hafi verið að gera samkeppnislögin óvirk þegar um viðskipti innan iðnaðarins sé að ræða. MS og KS (þ.m.t. Mjólka II) sé því heimilt að hafa með sér mjög náið samstarf og framkvæma verðtilfærslu innan samstæðunnar. Sú verðtilfærsla sem



MS segir að sé til umfjöllunar í þessu máli hafi átt sér stað innan samstæðu MS, KS og Mjólku II. MS tekur fram að félagið hafi aldrei haldið því fram að því sé heimilt að selja sömu vöruna á mismunandi verði til viðskiptavina sinna, þ.e. aðila utan samstæðunnar. Vegna úrskurða áfrýjunarnefndar samkeppnismála er varða Osta- og smjörsöluna ehf., þ.e. úrskurðir í málum nr. 3/1996 og 8/2006 sem fjallað er um í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins, bendir MS á að það félag hafi ekki verið afurðastöð í skilningi búvörlaga heldur markaðs- og sölufyrirtæki í sameign MS, KS, Mjólkursamlags Ísfirðinga svf. og Norðurmjólkur ehf. Samkvæmt samþykktum félagsins hafi tilgangur þess verið að annast á umboðsgrundvelli sölu og dreifingu á smjöri, osti, mjólkurdufti og hvers kyns öðrum mjólkurafurðum. Um brot Osta- og smjörsölnunnar á samkeppnislögum og fordæmi í þessu máli segir MS:

„Í andmælaskjalinu, m.a. á bls. 26 og áfram vitnar SE í úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2006 og dregur þá ályktun af úrskurðinum að heimilt sé að beita samkeppnislögum gagnvart búvörum sem ekki eru verðlagðar af verðlagsnefnd. Það mál varðaði sölu OSS [Osta- og smjörsalan] á undanrennudufti til tveggja viðskiptavina sinna annars vegar Mjólku ehf. á meðan hún var í eigu sömu aðila og nú eiga Mjólkurbúið (hér eftir nefnd gamla Mjólka) og hins vegar Ostahússins í Hafnarfirði. Undanrennuduftið var selt á misháu verði til þessara tveggja viðskiptavina OSS. Þetta misháa verð var til komið vegna mistaka sem áttu sér stað innan fyrirtækisins. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála taldi að OSS hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnismála með því að mismuna viðskiptaaðilum með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum með undanrennuduft. Þessi úrskurður hefur hins vegar ekki fordæmisgildi í því máli sem hér er til umfjöllunar. Heimildir búvörlaga til undanþága frá samkeppnislögunum taka einvörungu til afurðastöðva í mjólkuriðnaði. OSS var ekki afurðastöð í skilningi búvörlaga. Fyrirtækið keypti aldrei búvörur beint af framleiðendum og undanþáguheimildirnar í 71. gr. laganna gátu því aldrei gilt um OSS. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur því aldrei fjallað um það hversu víðtækar áðurnefndar undanþáguheimildir búvörlaganna eru eða hvaða áhrif þær hafa í tilviki meintrar verðmismununar sem fjallað er um í þessu máli. Þá má benda á að í umræddu máli seldi OSS undanrennuduft til tveggja óskyldra viðskiptavina sinna, en í því máli sem hér er til meðferðar er verið að miðla búvörum innan einnar og sömu samstæðunnar, eða „innan“ iðnaðarins.“

Þá telji MS að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/1996 hafi takmarkað fordæmisgildi í þessu máli bæði vegna þess að Osta- og smjörsalan hafi ekki verið afurðastöð auk þess sem úrskurðurinn gekk áður en búvörlögunum var breytt með lögum nr. 85/2004. Um tengsl og samstarf afurðastöðva og Osta- og smjörsölnunnar segir MS:

„Fyrir stofnun MS var engu að síður mjög mikið samstarf á milli KS og Mjólkursamsölnunnar svf., auk margra annarra fyrirtækja í mjólkuriðnaði. Samstarfið var m.a. í sölu- og markaðsmálum í gegnum OSS, sbr. umfjöllun í kafla 3.2. hér að framan, með sameiginlegri birgðastjórnun í landinu m.t.t.“



móttöku og með vinnslustýringu mjólkurvara í gegnum Samtök afurðastöðva í mjólkuriðnaði (hér eftir nefnd SAM). OSS annaðist pökkun, sölu og dreifingu á viðbiti og ostum og jafnframt auglýsingar og markaðsstarf fyrir þá vörflokka. Afkomujöfnun var með verðtilfærslum og samráði í verðlagningu mjólkurvara og einnig í gegnum hráefnisverð og hráefnismiðlun milli viðkomandi aðila. Enn fremur var árlegt uppgjör mjólkur gagnvart mjólkurframleiðendum og ríki vegna ráðstöfunar innanlands og vegna útflutnings á umframmjólk – tengt magni og verðmætum. Eftir stofnun MS 1. janúar 2007 varð samstarfið enn tengdara en áður með frekari sameiningum, sameiginlegum rekstri og sameigna í félögum. MS annast t.d. alla markaðssetningu, auglýsingagerð, sölu og dreifingu á landsvísu m.a. á framleiðsluvörum mjólkursamlags KS."

1.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Mál þetta varðar viðskipti með hrámmjólk til afurðastöðva. Samkvæmt 1. gr. samkeppnislaga er markmið laganna að efla virka samkeppni í viðskiptum og þar með vinna að hagkvæmri nýtingu framleiðsluþátta þjóðfélagsins. Í 2. gr. laganna segir að þau taki til hvers konar atvinnustarfsemi, svo sem framleiðslu, verslunar og þjónustu, án tillits til þess hvort hún er rekin af einstaklingum, félögum, opinberum aðilum eða öðrum. Í 4. gr. laganna segir að hugtakið fyrirtæki taki til einstaklinga, félaga, opinbera aðila og annarra sem stunda atvinnurekstur. Í 11. gr. samkeppnislaga er lagt bann við hvers konar misnotkun fyrirtækis á markaðsráðandi stöðu þess.

Samkeppnislög eru samkvæmt framansögðu almenn lög sem ætlað er að efla virka samkeppni í þeirri atvinnustarfsemi sem fellur undir lögin. Sérilög ganga hins vegar frammar ákvæðum samkeppnislaga ef þær réttarheimildir hafa að geyma ósamrýmanleg ákvæði á gildissviði laganna, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2003 *Flugstöð Leifs Eiríkssonar hf. gegn samkeppnisráði* og dóm Hæstaréttar í máli nr. 465/2003.

Samkvæmt framansögðu fellur framleiðsla og sala mjólkur almennt séð undir gildissvið samkeppnislaga. Auðhumla, MS, KS, Mjólk (I og II) og Mjólkurbúið eru allt aðilar sem stunda atvinnurekstur og teljast því til fyrirtækja í skilningi samkeppnislaga. Ákvæði samkeppnislaga taka því til viðskipta þessara aðila með mjólk nema sérilög heimili annað.

Mjólk telst til búvara í skilningi laga nr. 99/1993 um framleiðslu, verðlagningu og sölu á búvörum (búvörulög). Þá starfa málsaðilar í mjólkuriðnaði og lúta því ákvæðum búvörulaga. Ljóst þykir að ýmis ákvæði búvörulaga fela í sér önnur markmið og annan tilgang en samkeppnislög og því geta ákvæði þessara laga stangast á. MS vísar til þess að hin umdeilda háttsemi félagsins mótist af ákvæðum búvörulaga.

Í 3. gr. búvörulaga segir að landbúnaðarráðherra fari með yfirstjórn þeirra mála sem lögin taka til. Í 2. mgr. 2. gr. er tekið fram að rísi ágreiningur um hvað falla skuli undir hugtök 2. gr. skeri landbúnaðarráðherra úr þeim ágreiningi.

Í 1. mgr. 7. gr. laganna segir að verðlagsnefnd búvara, skipuð sex mönnum, ákveði afurðaverð til búvöruframleiðenda og verð búvara í heildsölu. Í 8. gr. laganna kemur fram



að nefndin ákveði lágmarksverð á mjólk til framleiðenda. Samkvæmt 1. mgr. 13. gr. laganna ákveður verðlagsnefnd heildsöluverð búvara sem verðlagðar eru skv. 8. gr. Nánar er fjallað um þessi ákvæði búvörulaga síðar.

Í 29. gr. búvörulaga segir að taki mjólkursamlag við mjólk umfram greiðslumark framleiðanda, sem verður utan heildargreiðslumarks við lokauppgjör, skuli samsvarandi magn mjólkurafurða markaðsfært erlendis á ábyrgð mjólkursamlags og framleiðanda. Í 52. gr. búvörulaga er tekið fram að heildargreiðslumark mjólkur sé tiltekið magn mjólkur, mælt í lítrum, sem beingreiðslur ríkissjóðs miðist við. Heildargreiðslumark mjólkur er ákveðið þremur mánuðum fyrir upphaf hvers verðlagsárs og er ákvörðunin byggð á neyslu innlendra mjólkurvara sem farið hafa um afurðastöðvar undanfarið tólf mánaða tímabil og áætlun Bændasamtaka Íslands fyrir komandi verðlagsár, að teknu tilliti til birgða. Auk þess segir að framleiðsla mjólkur umfram greiðslumark skuli fara á erlendan markað á ábyrgð hvers framleiðanda og viðkomandi afurðastöðvar.

Til stuðnings því að aðgerðir MS í málinu fari ekki gegn samkeppnislögum hefur félagið sérstaklega vísað til 71. gr. búvörulaga. Í því ákvæði 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.“

Byggir MS á því að þetta ákvæði heimili samstarf milli fyrirtækisins og Mjólkur II og þá verðlagningu á mjólk sem Mjólkurbúið hafi kvartað yfir. Í athugasemdum við andmælaskjalið virðist MS til viðbótar byggja á því að ákvæði 3. mgr. 13. gr. búvörulaga heimili umrædda verðlagningu. Það ákvæði hljóðar svo:

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

Staðhæfir MS að markmið eða tilgangur þessara tveggja ákvæða búvörulaga sé að „gera samkeppnislögin óvirk þegar um viðskipti innan iðnaðarins sé að ræða. MS og KS (þ.m.t. Mjólkur í eigu KS) sé því heimilt að hafa með sér mjög náð samstarf og framkvæma verðtilfærslu innan samstæðunnar. Sú verðtilfærsla sem MS segir að sé til umfjöllunar í þessu máli hafi átt sér stað innan samstæðu MS, KS og Mjólkur í eigu KS.“ Með öðrum orðum telur MS að ákvæði 13. gr. og 71. gr. búvörulaga um annars vegar heimild til verðtilfærslu milli tiltekinna afurða og hins vegar heimild til samstarfs til að halda niðri kostnaði leiði til þess að sala fyrirtækisins á ógerilsneyddri hrá mjólk á lægra verði til Mjólkur II en Mjólkurbúsins sé lögmæt.

Umrædd ákvæði 3. mgr. 13. og 71. gr. búvörulaga voru tekin upp í búvörulög með lögum nr. 85/2004. Í frumvarpi sem varð að þeim lögum segir að það sé samið í því skyni „að lögfesta ákvæði sem ætlað er að eyða þeirri réttaróvissu sem skapast hefur um að



gildandi búvörulög, 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 frumvarpinu kemur fram að landbúnaðarráðherra hafi falið Árna Vilhjálmsyni hrl. og Eiríki Tómassyni prófessor að rita álitserð um tengsl samkeppnislaga og búvörulaga 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." Í frumvarpinu eru síðan tillögur álitsergjafanna reifaðar og bent m.a. á þetta:

„Með vísan til þess að samkeppni á innanlandsmarkaði er ekki eins virk þegar um er að ræða ferskvörur eins og mjólk, rjóma, undanrennu og skyr, öfugt við aðrar mjólkurafurðir, svo sem smjör, osta, jógúrt og mjólkur- og undanrennuduft, telja álitsergjafarnir að ferskvörurnar hækki í verði ef heildsöluverð yrði gefið frjálst. Því leggja þeir til, með vísan til framangreinds, að haldið verði áfram að ákveða heildsöluverð á mjólk og öðrum ferskum mjólkurafurðum af hálfu hins opinbera, ekki síst í því skyni að halda verði á þessum vörum niðri í smásölu, neytendum til hagsbóta. Með því móti sé einnig tryggt að þeir aðilar sem stunda smásöluverslun eigi kost á að kaupa þessar mikilvægu neysluvörur á sambærilegu verði og þar með verði komið í veg fyrir að stórar verslanakeðjur geti keypt umræddar vörur á mun hagstæðara verði en keppinautarnir í krafti stærðar sinnar. Hins vegar sé opinber verðlagning óþörf um aðrar mjólkurafurðir að því tilskildu að næg samkeppni ríki innan lands í viðskiptum með mjólkurafurðir, aðrar en ferskar afurðir. Samhliða þessum breytingum verði þó að tryggja afurðastöðvum í mjólkuriðnaði heimildir til að ákveða sín á milli heildsöluverð á öðrum mjólkurafurðum en ferskvöru og hafa með sér samráð um viðskiptakjör gagnvart þeim sem kaupa mjólk og mjólkurafurðir í heildsölu. Einnig leggja þeir til að þrátt fyrir ákvæði samkeppnislaga verði afurðastöðvum í mjólkuriðnaði heimilt að gera samninga sín á milli um verðtilfærslu milli tiltekinnna afurða og þeim heimilað að gera með sér samkomulag um verkaskiptingu milli mjólkursamlaga að því er varðar framleiðslu einstakra mjólkurvara og hafa með sér annars konar samstarf til þess að halda niðri kostnaði við framleiðslu, geymslu og dreifingu mjólkurafurða.

Í frumvarpinu er ekki gert ráð fyrir jafnvíðamiklum breytingum að svo komnu máli. Er þess í stað miðað við að ákvörðun heildsöluverðlagningar mjólkurafurða haldist óbreytt í höndum verðlagsnefndar. Þó er lagt til að stigið verði skref til þess að minnka opinber verðlagsafskipti og verðmyndun af hálfu hins opinbera með því að færa ábyrgð og endanlega ákvarðanatöku um verðlagningu mjólkurafurða sem ekki falla undir verðlagsnefnd til afurðastöðvanna sjálfra.

Samkvæmt 1. mgr. 8. gr. búvörulaga ákveður verðlagsnefnd lágmarksverð til framleiðenda fyrir mjólk. Heimilt er þó að greiða hærra verð. Á grundvelli 1. mgr. 13. gr. búvörulaga ákveður verðlagsnefnd heildsöluverð sömu vara og



verðlagðar eru skv. 8. gr. að teknu tilliti til afurðaverðs til framleiðenda og rökstuddra upplýsinga um kostnað við vinnslu og dreifingu búvara „nema annað sé tekið fram í samningi sem gerður er á grundvelli a-liðar 30. gr. laganna“.

Þá er einnig lagt til að með breytingum á 13. og 71. gr. verði allri óvissu eytt um að þær aðgerðir sem þar koma fram falli ekki undir samkeppnislög."

MS hefur efasemdir um að rétt sé að fjalla um framangreinda álitserð Árna Vilhjálmssonar hrl. og Eiríks Tómassonar prófessors, nú hæstaréttardómara, er fylgdi með frumvarpinu sem varð að lögum nr. 85/2004. Samkeppniseftirlitið getur ekki tekið undir það með MS enda liggur fyrir að frumvarpið sem varð að lögum nr. 85/2004 var samið á grundvelli þessarar álitserðar og efni frumvarpsins tók ekki breytingum í meðförum Alþingis.² Tillögur álitsergjafanna um breytingar á 13. og 71. gr. búvörulaga voru þannig samþykktar af löggjafanum.³

Í athugasemdum við ákvæðið sem breytti 13. gr. búvörulaga kemur fram að skv. gildandi búvörulögum geti verðlagsnefnd búvara heimilað afurðarstöðvum að gera samninga sín á milli um verðtilfærslu milli tiltekinna afurða. Verðlagsnefndin hafi heimilað afurðarstöðvum í mjólkuriðnaði að gera samning sín á milli um verðtilfærslu á milli tiltekinna afurða. Samtök afurðastöðva í mjólkuriðnaði (SAM) hafi annast framkvæmd þessarar verðtilfærslu í umboði Bændasamtaka Íslands. Síðan segir:

„Í framkvæmd fer verðtilfærslan þannig fram að stjórn SAM gerir fyrir hönd aðildarfélaganna tillögur um verðtilfærslu mjólkur og mjólkurafurða sem síðan eru háðar staðfestingu verðlagsnefndar. Í tillögunum er lagt til að innheimt verði mánaðarlega verðtilfærslugjald á ýmsum mjólkurafurðum og að tilteknar mjólkurafurðir hljóti mánaðarlega endurgreiðslur úr verðtilfærslusjóði SAM. Verðtilfærslugjald er innheimt á grundvelli 22. gr. búvörulaga. Samningur um verðtilfærslu bindur ekki aðrar afurðastöðvar en þær sem að honum standa. Sem stendur eru hins vegar allar mjólkurafurðastöðvar aðilar að samkomulaginu.

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."

² Í framsöguræðu landbúnaðarráðherra, þegar hann mælti fyrir frumvarpinu, er að mestu fjallað um efni álitserðarinnar. Í lok umfjöllunar um frumvarpið segir ráðherra: „Hæstv. forseti. Frv. það sem finna má á þskj. 1665 er samið á grundvelli þessarar álitserðar Eiríks Tómassonar og Árna Vilhjálmssonar. Það varð niðurstaða álitsergjafanna að nauðsynlegt væri að lögfesta vilja löggjafans til þess að undanskilja ákveðna þætti landbúnaðarins undan gildissviði samkeppnislaga með skýrum lagatexta sem hér er lagt til í þessu frv. Hvað varðar ofangreint frv. vil ég að öðru leyti vísa til ítarlegrar greinargerðar er fylgir frv.“

³ Ekki voru þó allar tillögur álitsergjafanna lagðar til grundvallar í frumvarpinu sem varð að lögum nr. 85/2004.



Í athugasemdum við ákvæðið sem breytti 71. gr. búvörulaga kemur fram að afurðarstöðvar í mjólkuriðnaði hafi haft heimild til þess að gera samkomulag um verkaskiptingu í því skyni að auka hagræðingu. Segir einnig að með breytingunum sem lagðar séu til sé verið „að styrkja framangreindan grundvöll til hagræðingar og tryggja eðlilega að sú hagræðing njóti enn um sinn undanþágu frá gildissviði samkeppnislaga ef það er gert í þeim tilgangi að halda niðri kostnaði við framleiðslu, geymslu og dreifingu mjólkurafurða.“

Af framansögðu leiðir að tilgangur þeirra breytinga á búvörulögum, sem gerðar voru með lögum nr. 85/2004, var að heimila samruna og tiltekna samvinnu afurðastöðva í mjólkuriðnaði sem ella hefði fallið undir samrunaákvæði samkeppnislaga og bann laganna við samkeppnishamlandi samráði. Að þessu leyti ganga ákvæði búvörulaga framar samkeppnislögum.

Ekki er hins vegar unnt að fallast á það með MS að það leiði af þessari breytingu á ákvæðum búvörulaga að bann samkeppnislaga við samráði sé gert með öllu óvirkt þegar um sé að ræða „viðskipti innan iðnaðarins“. Eins og fram kemur í umræddu frumvarpi ber að skýra undantekningar frá almennum lögum þröngt. Bæði orðalag 3. mgr. 13. gr. og 71. gr. búvörulaga og lögskýringagögn bera það skýrlega með sér að aðeins samningar milli afurðarstöðva í mjólkuriðnaði um verðtilfærslu og samstarf þeirra sem gert er í þeim tilgangi að halda niðri kostnaði við framleiðslu, geymslu og dreifingu mjólkurafurða fellur utan banns samkeppnislaga við samráði. Hins vegar þarf ekki að fjalla nánar um þetta í þessu máli þar sem ekki er til umfjöllunar samruni afurðarstöðva eða hvort MS hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er hins vegar ljóst að í þessum breytingum felst ekki að öðrum ákvæðum samkeppnislaga sé vikið til hliðar. Tekur því bann 11. gr. samkeppnislaga til markaðsráðandi afurðastöðva í mjólkuriðnaði. Á þetta er sérstaklega bent í umræddri álitsgerð sem lögð var til grundvallar í því frumvarpi sem varð að lögum nr. 85/2004.⁴

MS heldur því fram að úrskurðir áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem varða viðskipti með mjólkurafurðir hafi hér ekki þýðingu þar sem annar þeirra hafi verið kveðinn upp fyrir setningu laga nr. 85/2004 og hinn hafi varðað fyrirtæki sem ekki var afurðarstöð skv. búvörulögum.

Hér ber að líta til þess að í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/1996, *Osta og smjörsalan gegn samkeppnisráði*, var staðfest sú túlkun samkeppnisráðs að þegar sérákvæðum búvörulaga sleppti ættu ákvæði samkeppnislaga að fullu við um viðskipti með búvörur. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2006 var fjallað um það sjónarmið Osta og smjörólunnar að ákvæði samkeppnislaga tækju ekki til viðskipta fyrirtækisins með undanrennuduft þar sem sú vara væri verðlögð á grundvelli búvörulaga. Áfrýjunarnefnd féllst ekki á þetta:

⁴ Álitsgerð um samkeppnisumhverfi í landbúnaði og stöðu búvöruframleiðslu gagnvart samkeppnislögum, apríl 2004. Á bls. 44 eru tillögur álitsgjafanna um breytingar á 13. og 71. gr. búvörulaga skýrðar. Kemur þar fram að þrátt fyrir þær muni ákvæði 11. gr. samkeppnislaga „gilda um innlendan mjólkuriðnað, eftir því sem við ætti.“



„Ljóst er, að verðákvörðun þeirrar mjólkurafurðar, sem hér um ræðir (undanrennudufts), er alfarið í höndum opinberrar nefndar, verðlagsnefndar búvöru, svo sem nánar er mælt fyrir um í búvörulögum nr. 99/1993, sbr. einkum 7., 8. og 13. gr. þeirra laga. Ganga þau ákvæði framur ákvæðum samkeppnislaga, sem og önnur þau ákvæði búvörulaganna, er bera skýrlega með sér að þeim sé ekki ætlað að gilda á almennum samkeppnismarkaði. Þegar sérákvæðum af þessu tagi sleppir, svo sem varðandi verðákvörðun, falla viðskipti með búvörur undir svið samkeppnislaga, eins og skýrlega er sýnt fram á í hinni kærðu ákvörðun, og kemur þá til kasta samkeppnisyfirvalda, sem hafa þá lögsögu bæði um eftirlit og ákvarðanir á grundvelli samkeppnislaga.“

Staðfesti áfrýjunarnefnd samkeppnismála þá niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að Osta- og smjörsalan hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með viðskiptakjörum við sölu á undanrennudufti.

Með vísan til alls framangreinds er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að ákvæði 3. mgr. 13. gr. og 71. gr. búvörulaga veiti ekki markaðsráðandi fyrirtækjum í mjólkuriðnaði almenna undanþágu frá 11. gr. samkeppnislaga. Er því ekki unnt að fallast á það með MS að málið komi ekki til skoðunar á grundvelli samkeppnislaga.

Þrátt fyrir að mál þetta falli almennt séð undir gildissvið samkeppnislaga er fyrirfram ekki unnt að útiloka að ákvæði búvörulaga geti haft þau áhrif að tiltekna aðgerðir afurðastöðva í mjólkuriðnaði, sem ella færu gegn 11. gr. samkeppnislaga, teljist lögmætar. Verður því síðar í ákvörðun þessari lagt mat á það sjónarmið MS að það leiði af 3. mgr. 13. gr. og 71. gr. búvörulaga og lögmæltum verðákvörðunum á grundvelli laganna að sú verðhegðun fyrirtækisins sem málið tekur til sé lögmæt.

2. Ætluð hlutdrægni Samkeppniseftirlitsins

Í athugasemdum MS áréttar félagið mikilvægi þess að fyllsta hlutleysis sé gætt við úrlausn þessa máls. Tekið er fram að búvörulög og sérstaklega ákvæði þeirra sem mæli fyrir um ákveðnar undanþágur frá samkeppnislögum hafi lengi sætt gagnrýni af hálfu samkeppnisyfirvalda. Sú gagnrýni hafi ítrekað birst í úrskurðum, álitum og skýrslum um stöðu dagvörumarkaðarins. Vísað er í því sambandi til umsagnar Samkeppniseftirlitsins til nefndasviðs Alþingis um ýmsar forsendur fjárlagafrumvarps 2014 (verðlagsbreytingar o.fl.) 34. mál, dags. 28. október 2013. Í því álitu lýsi Samkeppniseftirlitið yfir ánægju með breytingu laganna og segi að stofnunin hafi lengi talað gegn opinberum samkeppnishömlum í landbúnaði sem verðmiðlunar- og verðtilfærslugjaldi í landbúnaði hafi m.a. í för með sér. Í framangreindri umsögn Samkeppniseftirlitsins hafi einnig verið bent á að í ákvæði 71. gr. búvörulaga sé afurðastöðvum í landbúnaði heimilt að sameinast og eiga með sér samráð þrátt við ákvæði samkeppnislaga og hafi eftirlitið talið rétt að sú grein yrði einnig felld brott.

MS vísar einnig til álits Samkeppniseftirlitsins nr. 1/2009 og til rita (skýrslna) Samkeppniseftirlitsins nr. 2/2011 og 1/2012. Jafnframt er vísað til ummæla forstjóra



eftirlitsins sem fram hafi komið í desember 2009. Í þessu segir MS að fram hafi komið gagnrýni á búvörulög og neikvæð afstaða gagnvart MS. Síðan segir í athugasemdum MS:

„Með vísan til framangreinds áréttar MS því mikilvægi þess að í ljósi þeirra skoðana á búvörulögum sem svo ljóslega hafa verið fram settar af hálfu SE sé eins og ávallt sérstaklega mikilvægt að SE fjalli með hlutlægum hætti um málið og taki tillit til andmæla fyrirtækisins. Brýnt er að SE hafi í huga við meðferð málsins að það er löggjafinn, Alþingi, sem hafi ákvarðað það starfsumhverfi sem fyrirtæki í mjólkuriðnaði búa við með ítarlegum hætti og metið það svo að núverandi fyrirkomulag samstarfs og utanaðkomandi opinberrar verðlagningar þjóni bæði neytendum og þeim sem starfi í mjólkuriðnaði betur en samkeppni. Í því skyni skapa lögin fyrirtækjunum ákveðið svigrúm, eins og kveðið sé á um í 71. grein, en leggja þeim jafnframt á herðar skyldur, t.d. um verðlagningu eins og kveðið er á um í 8. gr. búvörulaga.“

Ekki er fyllilega ljóst af málatilbúnaði MS hvort fyrirtækið byggir á því í málinu hvort forstjóri og aðrir starfsmenn Samkeppniseftirlitsins séu vanhæfir til meðferðar þessa máls, sbr. II. kafli stjórnarsýslulaga. Í öllu falli felst í þessu áskorun eða hvatning til eftirlitsins um að fara að lögum við meðferð og úrlausn þessa máls og láta ekki ætlað neikvætt viðhorf til mjólkuriðnaðarins hafa áhrif á niðurstöðu þess.

Samkvæmt 1. mgr. 8. gr. samkeppnislaga er það hlutverk Samkeppniseftirlitsins að framfylgja boðum og bönum laganna og leyfa undanþágur samkvæmt þeim auk þess að ákveða aðgerðir gegn samkeppnishamlandi hegðun fyrirtækja. Í ákvæðinu er jafnframt mælt fyrir um að eftirlitið skuli gæta þess að aðgerðir opinberra aðila takmarki ekki samkeppni og benda stjórnvöldum á leiðir til að gera samkeppni virkari og auðvelda aðgang nýrra samkeppnisaðila að markaði. Þá á Samkeppniseftirlitið að fylgjast með þróun á samkeppnis- og viðskiptaháttum á einstökum mörkuðum í íslensku viðskiptalífi og kanna stjórnunar- og eignatengsl á milli fyrirtækja, meðal annars í því skyni að meta hvort í íslensku viðskiptalífi sé að finna einkenni hringamyndunar, óæskilegra tengsla eða valda sem takmarkað geta samkeppni. Eftirlitið á ennfremur að birta skýrslur um athuganir sínar og grípa til aðgerða til að stuðla að virkri samkeppni þar sem það er nauðsynlegt. Ef Samkeppniseftirlitið telur að ákvæði laga og stjórnvaldsfyrirmæla stríði gegn markmiði laga þessara og torveldi frjálsa samkeppni í viðskiptum skal vekja athygli ráðherra á því álit. Slíkt álit skal einnig birta almenningi á fullnægjandi hátt, sbr. 18. gr. laganna.

Af framangreindu leiðir að það er í samræmi við hlutverk Samkeppniseftirlitsins að taka þátt í opinberri umræðu um samkeppnismál og birta álit og skýrslur um það málefni. Eðli málsins samkvæmt getur falist í slíku annars vegar gagnrýni á gildandi lagaumhverfi sem eftirlitið telur hamla samkeppni og vinna gegn hag almennings og hins vegar tillögur til úrbóta, sbr. einnig dóm Hæstaréttar Íslands frá 10. apríl 2008 í máli nr. 558/2007, *Samkeppniseftirlitið gegn Mjólkursamsölunni ehf., Auðhumlu svf. og Osta- og smjöröslunni.*



Sú umfjöllun Samkeppniseftirlitsins sem MS hefur vísað til er í samræmi við framangreint hlutverk þess. Umfjöllunin varðar skaðleg áhrif sem eftirlitið telur stafa af tilteknum þætti búvörulaga og um nauðsyn þess að gera breytingar. Þessi umfjöllun tekur ekki til þessa máls né felst í henni neikvæð viðhorf til MS. Getur Samkeppniseftirlitið ekki fallist á það með MS að hætta sé á ómálefnalegri afstöðu eftirlitsins í þessu máli.

III. SKILGREINING MARKAÐARINS OG STAÐA MS

Samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga er misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu bönnuð. Til þess að hegðun fyrirtækis geti fallið undir 11. gr. samkeppnislaga verður fyrirtækið eðli málsins samkvæmt að vera markaðsráðandi. Við mat á því hvort MS hafi markaðsráðandi stöðu á viðkomandi markaði verður að líta til tveggja þátta. Í fyrsta lagi verður að skilgreina þann markað sem um er að ræða. Því næst verður að meta markaðslegan styrk fyrirtækisins á hinum skilgreinda markaði.

Rannsóknartímabil málsins eru árin 2008-2013.

1. Skilgreining markaðarins

Samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga er markaður sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Hagfræðileg rök leiða til þess að skoða verður viðkomandi markaði út frá að minnsta kosti tveimur sjónarhornum. Annars vegar vöru- eða þjónustumarkaðnum og hins vegar landfræðilega markaðnum. Hafa ber þó í huga að markaðsskilgreiningar í samkeppnisrétti geta ekki verið nákvæmar og eru aðeins notaðar til viðmiðunar, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008, *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Með viðkomandi vöru- eða þjónustumarkaði er átt við markað fyrir allar vörur og þjónustu sem neytendur líta á sem staðkvæmdarvörur eða staðkvæmdarþjónustu í skilningi 4. gr. samkeppnislaga. Staðgönguvara eða -þjónusta er vara eða þjónusta sem að fullu eða verulegu leyti geta komið í stað annarrar vöru eða þjónustu. Til landfræðilegs markaðar telst það svæði þar sem hlutaðeigandi fyrirtæki eru viðriðin framboð og eftirspurn eftir viðkomandi vöru eða þjónustu, þar sem samkeppnisskilyrði eru nægilega lík og sem unnt er að greina frá nærliggjandi svæðum, einkum vegna þess að samkeppnisskilyrði eru greinilega frábrugðin á þeim svæðum.

1.1 Sjónarmið MS

MS vísar til þess að í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins hafi frumniðurstaða verið sú að vörumarkaðurinn sé heildsala á hefðbundinni hrá mjólk til vinnslu og segir að sú niðurstaða hafi ekki verið studd nokkrum rökum. Eingöngu sé vísað til þess að í samkeppnisrétti hafi verið litið svo á að kaup og þar með sala á hefðbundinni hrá mjólk tilheyri sérstökum markaði og að lífræn hrá mjólk tilheyri öðrum markaði þar sem ekki sé staðganga á milli hefðbundinnar og lífrænnar mjólkur. Að mati MS geti slík afgreiðsla á jafn mikilvægum þætti og markaðsskilgreiningu ekki talist fullnægja rannsóknarskyldu stjórnvaldsins samkvæmt 10. gr. stjórnsýslulaga eða vönduðum stjórnsýsluháttum að öðru leyti.



MS segir að engin sérstök rök séu færð fyrir því að markaður þessa máls sé heildsala fremur en sala á hefðbundinni mjólk. Vísað er til þess að Mjólkurbúið eigi kost á því sem afurðastöð að kaupa hrámjólk beint af framleiðendum og einnig af MS. Með hliðsjón af því telji MS að vörumarkaður málsins sé sala á hrámjólk til vinnslu. Þá telji MS með vísan til atvika þessa máls að ekki sé nauðsynlegt að taka afstöðu til þess hvort hefðbundin hrámjólk og lífræn hrámjólk tilheyri sama markaðnum eða tveim aðskildum mörkuðum.

MS telji að Mjólkurbúið og Mjólka II geti ekki talist keppinautar á sama vörumarkaði þar sem Mjólkurbúið noti ekki þá hrámjólk sem það kaupir af MS til framleiðslu á vörum sem einnig séu framleiddar af Mjólk II eða geti talist staðgönguvörur fyrir þær. Þá telji MS að skilgreina beri þann eða þá undirmarkaði sem Mjólkurbúið og Mjólka II starfi á.

Um landfræðilegan markað málsins segir MS:

„Á bls. 13. í andmælasgjali SE er komist að þeirri frumniðurstöðu að markaður málsins sé Ísland enda hrámjólk til vinnslu seld og henni dreift um land allt. Með sömu rökum telur MS að landfræðilegan markað fyrir sölu á hrámjólk til vinnslu vera Ísland.“

Þá telji MS þá landfræðilegu markaði sem Mjólkurbúið og Mjólka II starfi á einnig vera Ísland enda sé ljóst að framleiðsluvörur hvors um sig séu seldar um land allt.

1.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Almennt séð má segja að sérstaða mjólkur sé með þeim hætti að hún hafi takmarkaða staðgöngu við aðrar vörur. Í umræddri álitserð, sem unnin var fyrir landbúnaðarráðherra á árinu 2004, er fjallað um skilgreiningu markaða skv. samkeppnislögum. Segir að markaðinn megi „greina niður eftir staðgöngu einstakra vara. Svo augljóst dæmi sé tekið þá myndar mjólk sérstakan markað sem aðskilinn er frá nautakjötsmarkaði. Almennt má segja að hver búvara myndi sérstakan markað en hins vegar er ljóst að veruleg staðgang kann að vera fyrir hendi í sumum tilvikum t.d. milli jógúrts, skyrs og súrmjólkur.“⁵

Ljóst er að markaði fyrir framleiðslu, dreifingu og heildsölu mjólkurafurða má skipta niður í ýmsa undirmarkaði eftir atvikum máls hverju sinni, s.s. eftir tegundum mjólkurafurða, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 17/2010, *Rannsókn Samkeppniseftirlitsins á meintri misnotkun Mjólkursamsölnunar ehf. á markaðsráðandi stöðu*. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 39/2006, sem staðfest var af áfrýjunarnefnd samkeppnismála í máli nr. 8/2006, var þannig komist að þeirri niðurstöðu að markaður þess máls væri sala á undanrennufti.

Mál þetta varðar heildsölu MS á ógerilsneyddri hrámjólk til eigin vinnslu og tengdra aðila annars vegar og til keppinauta félagsins hins vegar. Ekki skiptir máli hér hvaða afurðir eru framleiddar úr framangreindu hráefni enda hefur komið skýrt fram hjá MS í þessu

⁵ Bls. 28 í álitserðinni.



máli að verkaskipting eigi sér stað um framleiðslu einstakra afurða milli MS, KS og Mjólku II með vísan til heimilda í búvörulögum. MS hefur selt hinum tengdu aðilum og keppinauti þeirra, Mjólkurbúinu, sams konar hráefni, þ.e. ógerilsneydda hrámjólk, óháð því til hvaða nota hrámjólkin er keypt. Mál þetta varðar því ekki einungis verðlagningu MS á hrámjólk til Mjólku I og síðar Mjólkurbúsins heldur einnig með hvaða hætti MS verðleggur hrámjólk til eigin vinnslu og til tengdra aðila, þ.m.t. Mjólku II, samanborið við heildsöluverðlagningu á sambærilegu hráefni til keppinauta á sama vinnslu- og sölustigi.

Ljóst er að þegar um er að ræða framleiðslu á mjólkurafurðum er ekki staðganga á milli hrámjólkur og annarra hráefna. Í samkeppnisrétti hefur því verið litið svo á að kaup á hefðbundinni hrámjólk tilheyri sérstökum markaði.⁶ Kaup á lífrænni hrámjólk tilheyri hins vegar ekki þeim markaði þar sem ekki sé staðganga milli hefðbundinnar og lífrænnar mjólkur.⁷ Samkeppniseftirlitið telur að sömu sjónarmið eigi við í þessu máli. Í bréfi MS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 5. febrúar 2013, í öðru máli sem er til rannsóknar hjá eftirlitinu segir um muninn á framleiðslu á lífrænni mjólk og hefðbundinni mjólk:

„Þeir sem hyggja á lífræna framleiðslu sæta ákveðnum skilmálum sem eru bundnir í lög og tengjast vottun sem ekki er á höndum umbj. míns [MS]. Um lífræna landbúnaðarframleiðslu gilda lög nr. 162/1994. Samkvæmt 1. gr. er tilgangur laganna að tryggja að framleiðsla, úrvinnsla, flutningur, geymsla og dreifing landúnaðarafurða sem framleiddar eru með lífrænum aðferðum lúti ákveðnum reglum á lögbýlum og í fyrirtækjum sem hafa fengið vottun til notkunar á vörumerki lífrænnar framleiðslu. Til þess að fá starfsleyfi hjá Matvælastofnun til þess að framleiða lífrænar vöru þurfa framleiðendur því að hafa fengið til þess vottun um lífrænar framleiðsluaðferðir í samræmi við lög. Reglugerð nr. 74/2002, ásamt síðari breytingum, fjallar nánar um lágmarkskröfur sem þarf að uppfylla til þess að fá vottun um lífrænar framleiðsluaðferðir. Hér á landi er það sjálfstæður aðili, Vottunarstofan Tún, sem veitir slíka vottun. Þeim bændum sem hafa hug á að fara út í lífrænan búskap hefur verið bent á af Matvælastofnun að hafa samband við Tún sem gefur þá frekari upplýsingar um kostnað og setur upp aðlögunaráætlun með bóndanum. Í reglugerðinni er að finna ítarlegar upplýsingar um þær kröfur sem framleiðendur þurfa að uppfylla til þess að geta fengið vottun um lífrænar framleiðsluaðferðir og starfsleyfi sem slíkir. Nánar vísast til reglugerðarinnar um í hverju þessar kröfur felast en sem dæmi má nefna að búfé verður að geta hreyft sig utanhúss, takmarka verður fjölda dýra á hverja flatareiningu, uppfylla verður reglur um uppruna dýranna, ítarlegar reglur eru um fóður, sem skal vera lífrænt framleitt, auk frekari reglna um sjúkdómavarnir, ræktunaraðferðir, áburð og aðbúnað í gerðum og gripahúsum.“

Varðandi verð á lífrænni mjólk í samanburði við verð á hefðbundinni mjólk segir í framangreindu bréfi MS til Samkeppniseftirlitsins að framleiðendur lífrænnar mjólkur fái

⁶ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 17. desember 2008 í máli nr. COMP/M.5046: „Raw milk is a homogenous product for which, at least for most of its applications, there are no substitutes.“

⁷ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 27. september 2012 í máli nr. COMP/M.6611, Arla Foods/Milk Link.



44% hærra lítraverð fyrir lífræna mjólk en framleiðendur fá fyrir venjulega mjólk. Af framangreindu má sjá að framleiðsla á lífrænni mjólk er háð mun strangari skilyrðum en framleiðsla á venjulegri mjólk sem gerir hana kostnaðarsamari í framleiðslu enda er greitt verulega hærra verð fyrir hana. Tilgangur með framleiðslu á lífrænni mjólk er að mæta eftirspurn frá neytendum sem velja lífrænar vörur þrátt fyrir að þær séu mun dýrari en hefðbundnar mjólkurvörur.

Samkvæmt framansögðu er niðurstaða Samkeppniseftirlitsins sú að vörumarkaðurinn í máli þessu sé heildsala á hefðbundinni ógerilsneyddri hrámjólk til vinnslu.

Til landfræðilegs markaðar telst það svæði þar sem hlutaðeigandi fyrirtæki bjóða fram vöru sína og þjónustu og eftirspurnar gætir eftir sömu vöru eða þjónustu, þar sem samkeppnisskilyrði eru nægilega lík og sem unnt er að greina frá nærliggjandi svæðum, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Meðal þátta sem skipta máli við mat á viðkomandi landfræðilegum markaði eru eðli og einkenni viðkomandi vöru eða þjónustu, hugsanlegar aðgangshindranir eða neytendavenjur, greinilegur munur á markaðshlutdeild fyrirtækja á viðkomandi svæði og aðliggjandi svæðum, verðmunur og flutningskostnaður.

Stærð landfræðilegs markaðar veltur m.a. á því að hvaða marki þörf er talin á því að kaupandinn sé í nálægð við seljandann. Þetta mat ræðst venjulega af því hvað einkennir vöruna/þjónustuna og viðskiptavinina, eftir hvaða leiðum sala og þjónusta fer fram svo og af eðli viðskiptanna.

Landfræðilegi markaður málsins er Ísland en hrámjólk til vinnslu í heildsölu er seld og henni dreift um land allt óháð staðsetningu kaupanda. MS hefur ekki mótmælt þeirri niðurstöðu í meðferð málsins.

2. Staða MS á markaðnum

Samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga er markaðsráðandi staða fyrir hendi þegar fyrirtæki hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og það getur að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda.

2.1 Sjónarmið MS

MS telur skilgreiningu Samkeppniseftirlitsins á markaði málsins ekki rétta. Bent er á að á Íslandi sé um 650 mjólkurframleiðendur sem selji afurðastöðvum hrámjólk til vinnslu. Um viðkomandi markað segir MS eftirfarandi:

„Þær afurðastöðvar sem kaupa hrámjólk af mjólkurframleiðendum og selja hana áfram til annarra afurðastöðva starfa hvað það varðar á sama markaði og umræddir framleiðendur enda hafa þær afurðastöðvar val um hvort þær skipta beint við framleiðendur eða aðrar afurðastöðvar. Þannig hafa þær afurðastöðvar sem starfa á markaði fyrir framleiðslu, dreifingu og heildsölu mjólkurafurða ýmist keypt hrámjólk í heildsölu eða beint af



mjólkurframleiðendum. Í því sambandi má nefna að bæði gamla Mjólk og Vesturmjólk höfðu þann háttinn á að kaupa hrámjólk beint af framleiðendum. Þá er enn fremur vert að áréttta að samkvæmt viðskiptaskilmálum Auðhumlu, dags. 12. júlí 2011, geta mjólkurframleiðendur greiðlega fært viðskipti sín annað ef þeir svo kjósa auk þess sem þeir geta greiðlega tekið upp viðskipti á ný ef svo ber undir að uppfylltum eðlilegum kröfum um gæðaeftirlit. Í því felst því ekki hindrun að þessu leyti enda sérstök áhersla lögð á það atriði líkt og áður greinir."

MS metur markaðshlutdeild sína á viðkomandi markaði með því að reikna hlutfall af seldum lítrum af gerilsneyddri og ógerilsneyddri mjólk til KS, Mjólk II, Mjólkurbúsins, Örnú ehf., Vífilfells (léttmjólk), Sláturfélags Suðurlands svf. og Kjöríss ehf. sem hlutfall af heildarinnvigtun mjólkur hjá MS og KS. Eins tekur MS saman sölu félagsins á ógerilsneyddri mjólk til KS, Mjólk II, Mjólkurbúsins og Örnú í hlutfalli við heildarinnlagða mjólkurlíttra til MS og KS. Þessir útreikningar sýna að mati MS að félagið sé með undir 5% markaðshlutfall á árunum 2012 og 2013. Í ljósi þess telji MS varhugavert að ætla að MS sé markaðsráðandi.

2.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008, *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*, kemur fram að við mat á stöðu fyrirtækja á markaði skipti mestu að huga að markaðshlutdeild og því skipulagi sem ríki á markaðnum. Í dómi Hæstaréttar Íslands frá 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010, *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, var dómur Héraðsdóms Reykjavíkur staðfestur með vísan til forsendna hans. Í dómi héraðsdóms kemur fram að við „mat á því hvort fyrirtæki hafi haft markaðsráðandi stöðu á skilgreindum markaði er litið til nokkurra atriða og þau metin saman:

1. *Hver er markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis á skilgreindum markaði og þróun hennar. Ein viðmiðun er að ef markaðshlutdeild fer yfir 50% þá eru allar líkur á að fyrirtækið hafi markaðsráðandi stöðu.*
2. *Litið er til markaðshlutdeildar þess fyrirtækis sem verið er að meta og hún borin saman við markaðshlutdeild annarra fyrirtækja á markaði. Ef miklu munar á markaðshlutdeild þess fyrirtækis sem stærstu hlutdeild hefur og þess fyrirtækis sem næst kemur í röðinni er líklegt að stærsta fyrirtækið hafi markaðsráðandi stöðu.*
3. *Þá er einnig litið til aðgangshindrana að markaði. Hér er átt við atriði á borð við lagalegar hindranir, fjárhagslegar hindranir, stærðarhagkvæmni, aðgengi að birgjum, þróað sölukerfi og þekkt vörumerki."*

Fram kemur einnig að dómurinn telji að „þriðja atriðið sem nefnt er að framan, þ.e. aðgangshindranir að markaði, ráði ekki úrslitum þegar meta skal hvort stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu ...". Hins vegar geti þessi atriði skv. dóminum styrkt frekar þá niðurstöðu að fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2013, *Valitor hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, er vísað til þess að allar líkur séu á að fyrirtæki sé markaðsráðandi ef það hafi 50% markaðshlutdeild eða



meira. Rétt er að hafa í huga að fyrirtæki geta einnig verið í markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir að hafa lægri hlutdeild en 50% á viðkomandi markaði, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008, *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Með viðmiðinu skipulag á markaðnum er vísað til ýmissa ólíkra atriða sem talin eru geta gefið vísbendingar um markaðsráðandi stöðu, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006, *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Dæmi um þetta er hvort aðgangur að markaðnum sé auðveldur, hvort viðkomandi fyrirtæki sé almennt öflugt með hliðsjón af fjármagni, tækjum og nægilegu framboði af vöru eða þjónustu. Einnig er horft til fjölda og styrks keppnauta auk þess sem fleiri atriði geta komið til skoðunar, sbr. umræddan úrskurð áfrýjunarnefndarinnar.

Eins og fyrr sagði fólst í þeirri breytingu sem leiddi af setningu laga nr. 85/2004 að samrunaákvæðum samkeppnislaga var vikið til hliðar vegna samruna afturðastöðva í mjólkuriðnaði. Eftir þetta átti sér stað veruleg samþjöppun á þessu sviði:

- Á árinu 2005 sameinuðust Mjólkursamsalan í Reykjavík og Mjólkurbú Flóamanna í eitt félag undir nafninu MS svf.
- Á árinu 2006 var starfsemi Mjólkursamlags Vopnafjarðar sameinuð starfsemi MS á Egilsstöðum. Síðar á sama ári sameinaðist Mjólkursamlag Ísfirðinga og MS svf.
- Í lok árs 2006 rann MS svf., Osta- og smjörösalan svf. og Norðurmjólk ehf. inn í nýtt félag, MS ehf. en það félag hóf rekstur í byrjun árs 2007.
- Mjög náinn samvinna og eignatengsl eru á milli MS og KS.⁸

Móðurfélag MS er Auðhumla svf. og varð það félag til í tengslum við framangreindar skipulagsbreytingar:

„Með stofnun MS/Auðhumla svf. í lok árs 2006 varð til félag framleiðenda sem nær yfir mestallt landið. Það skiptist í staðbundnar félagsdeildir og kjósa fulltrúar þeirra stjórn og varastjórn félagsins. Á aðalfundi í mars 2007 var ákveðið að breyta nafni félagsins og heitir það síðan Auðhumla svf. Það er félagslegur vettvangur og tekur við mjólk frá félagsmönnum en um leið er félagið eigandi fyrirtækja sem annast alla vinnslu á mjólk og dreifingu á fullnum mjólkurvörum.“⁹

Fram kemur í fyrstu ársskýrslu Auðhumlu (2007) að „nú sé yfir 90% af öllum mjólkurbændum á Íslandi komnir í eitt félag, Auðhumla svf.“

Staða MS á markaði hefur áður komið til umfjöllunar Samkeppniseftirlitsins. Í skýrslu eftirlitsins nr. 2/2008, *Öflug uppbygging*, var það rökstutt að eftir breytingarnar sem

⁸ Í leiðara Guðbrands Sigurðssonar ritinu Sveitapóstinum (MS fréttir til bænda), janúar 2007, segir: „Mjólkursamsalan hóf starfsemi þann 2. janúar síðastliðinn og lofar byrjunin góðu. Mjólkursamsalan tekur yfir allan þann rekstur er lýtur að mjólkursöfnun, -vinnslu og dreifingu sem var áður á vegum Norðurmjólkur, Osta- og smjöröslunnar og MS. Í rauninni mætti bæta við fjórða félaginu sem er Mjólkursamlag KS á Sauðárkróki en það félag er í nánu og miklu samstarfi við Mjólkursamsöluna.“

⁹ Sjá www.audhumla.is



leiddu af lögum nr. 85/2004 væri MS nánast komin í einokunarstöðu á mjólkurmarkaðnum. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 40/2009 *Samruni Kaupfélags Skagfirðinga svf. og Mjólku ehf./Eyjabú ehf.* var fjallað um mjólkurvörumarkaðinn, stöðu fyrirtækja á honum og tengsl MS við KS, í tengslum við kaup KS á Mjólku I. Í samrunaskrá samrunaaðila var áætluð markaðshlutdeild aðila á markaði fyrir mjólkurafurðir í heild sinni (framleiðslu- og heildsölumarkaður) þannig að MS væri með 80-85% hlutdeild, KS með 10-15%, Mjólka I með 0-5% og aðrir minna. Í ákvörðuninni kom síðan eftirfarandi fram:

„[MS] er „rekstrarfélag mjólkuriðnaðarins á Íslandi“ eins og orðrétt segir á heimasíðu félagsins. Hlutverk fyrirtækisins er að sjá um alla móttöku, framleiðslu, pökkun, markaðssetningu, sölu og dreifingu mjólkurafurða. Hið nýja rekstrarfélag var stofnað í núverandi mynd í árslok 2006 en frá sama tíma gekk Osta- og smjörösalan sf. inn í hið nýja rekstrarfélag. Osta- og smjörösalan var áður markaðs- og sölufyrirtæki í eigu fjögurra lögaðila, sem starfræktu níu afurðastöðvar. Það voru Mjólkursamsalan svf. (sem rak sex afurðastöðvar víðsvegar um landið), Norðurmjólku ehf., Mjólkursamlag Ísfirðinga svf. og KS. Tilgangur Osta- og smjörösalunnar var að annast á umboðsgrundvelli sölu og dreifingu á smjöri, osti, mjólkurdufti, og hvers kyns öðrum mjólkurafurðum. Í dag er þetta hlutverk eins og áður greinir í höndum MS.“

Í framangreindri ákvörðun var jafnframt vikið að nánnum eignar-, stjórnunar- og samráðstengslum MS við KS. Þannig var fjallað um eignartengslin með þeim hætti að eigendur MS væru Auðhumla, með 92,5% eignarhlut og KS með 7,5% hlut. Um stjórnunartengsl MS og KS sagði að kaupfélagsstjóri KS væri jafnframt varaformaður stjórnar MS og sá háttur enn við lýði, sbr. árskýrslu MS 2013. Þá hafi kaupfélagsstjóri KS á árinu 2008 tímabundið verið annar tveggja forstjóra MS. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins var jafnframt vikið að 71. gr. búvörulaga sem heimili afurðastöðvum í mjólkuriðnaði að sameinast og hafa með sér samráð að vissu marki þrátt fyrir ákvæði samkeppnislaga. Afleiðing þess ákvæðis búvörulaganna er m.a. sú að í dag er KS hluthafi í MS og kaupfélagsstjóri KS situr í stjórn MS. Aukinheldur var fjallað um það að KS og MS hefðu með sér mjög náið samstarf sem fælist í því að MS dreifði og seldi vörum KS. Í ljósi þessara nánna tengsla taldi Samkeppniseftirlitið að líta bæri á MS og KS sem einn og sama aðilann í viðskiptalegu tilliti. Samanlögð markaðshlutdeild MS og KS á heildarmarkaði fyrir mjólkurafurðir hefur því verið um og yfir 95% á þeim tíma er samkeppni frá Mjólku I naut við. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins var samruni KS og Mjólku I talinn andstæður markmiðum samkeppnislaga þar sem með samrunanum yrðu öll mjólkursamlög landsins sameinuð undir merkjum MS og KS og færu með nærri 100% markaðshlutdeild. Eins og áður greinir var ekki unnt að grípa til íhlutunar í samrunann vegna ákvæða búvörulaga.

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 17/2010 var vísað til framangreindra tengsla MS, KS og Mjólku og einnig komist að þeirri niðurstöðu að MS væri í markaðsráðandi stöðu.



Ekki er í málinu ágreiningur um áhrif framgreindra tengsla milli KS, Mjólkur II og MS. Í athugasemdum MS við andmælaskjalið er ítrekað vísað til mikillar samvinnu milli þessara aðila og að líta beri á þá sem eina „viðskiptalega heild“ og þeir tilheyri sömu samstæðu.

Auk framangreindra afurðastöðva hóf Vesturmjólk ehf. starfsemi sína á árinu 2010 og dreifði fyrstu framleiðsluvörum sínum í verslanir í júní 2011. Í fjölmiðlum kom fram að fyrirtækið tæki fyrst í stað einvörðungu við mjólk frá eigin búum en á þeim væru framleiddir um fimm þúsund lítrar á dag sem gerir um 1,8 milljón lítra á ársgrundvelli. Síðar væri ætlunin að kaupa meiri mjólk af öðrum bændum. Til samanburðar voru lagðir inn 125 milljón mjólkurlítrar hjá MS og KS á árinu 2012 og því má sjá að innlögð mjólk hjá Vesturmjólk var óveruleg í samanburði við innlagða mjólk hjá MS og KS. Fréttir bárust síðar af því í fjölmiðlum í apríl 2012 að Vesturmjólk hefði ekkert framleitt frá því í janúar sama ár og að allur tækjakostur félagsins væri til sölu. Starfsemi félagsins hefur legið niðri síðan.

Engin önnur afurðastöð en MS og KS hefur tekið við mjólk frá bændum eftir að Vesturmjólk hætti starfsemi.

Í athugasemdum MS við andmælaskjalið kemur fram að hér á landi séu um 650 mjólkurframleiðendur sem selja afurðarstöðvum hrámjólk til vinnslu. Byggir MS á því að þessir framleiðendur séu keppinautar fyrirtækisins þar sem t.d. Mjólkurbúið geti valið um hvort það kaupir hrámjólk af MS eða beint af framleiðendum. Þá heldur MS því fram að markaðshlutdeild fyrirtækisins í sölu á hrámjólk sé hverfandi. MS sé ekki markaðsráðandi.

Eins og fyrr segir er MS er í eigu Auðhumlu (90%) og KS (10%). Á heimasíðu Auðhumlu segir:

„Auðhumla er samvinnufélag í eigu um 700 mjólkurframleiðenda um land allt. Auðhumla hefur það hlutverk að taka við mjólk frá félagsmönnum sínum og umbreyta í mjólkurafurðir sem eru seldar á markaði á Íslandi og erlendis. Auðhumla er móðurfélag Mjólkursamsölunnar ehf.“

Í athugasemdum MS við andmælaskjalið er einnig gerð grein fyrir sambandinu við mjólkurframleiðendur:

„Til þess að fá beingreiðslur úr ríkissjóði þurfa kúabændur að undirgangast ýmis skilyrði, sem nánar er lýst í samningi um starfsskilyrði um mjólkurframleiðslu. Það gera kúabændur m.a. með aðild sinni að Auðhumlu og KS, sem eru eigendur MS og Mjólkur (KS). Skyldurnar sem hvíla þannig á MS eru að tryggja framleiðslu, sölu og dreifingu á mjólkurvörum í því magni sem raun ber vitni til allra landsmanna á sama verði allan ársins hring. [...] telur MS sig skuldbundið, vegna stöðu sinnar á markaði, til að kaupa alla mjólk af félagsmönnum Auðhumlu og KS án tillits til eftirspurnar neytenda hverju sinni. Eftir að viðskiptasamband er komið á milli mjólkurframleiðenda og Auðhumlu og/eða KS samkvæmt samþykktum félaganna, koma fram



gagnkvæm réttindi og skyldur. Því er lýst í samþykktum félaganna og/eða viðskiptaskilmálum."

Tengt þessu ber að líta til þess að 1. ágúst 2011 tóku gildi viðskiptaskilmálar Auðhumlu vegna kaupa á mjólk af mjólkurframleiðendum. Fram kemur í upphafi skilmálanna að þeim sé ætlað að skýra réttindi og skyldur seljenda og kaupenda mjólkur og að í flestu endurspegli þeir gildandi vinnulag. Viðskiptasamband viðkomandi mjólkurframleiðanda og Auðhumlu og skilmálarnir framlengjast sjálfkrafa hvert ár nema þeim sé sagt upp skriflega. Í 2. gr. viðskiptaskilmálanna segir:

„Innan greiðslumarkársársins, eða á meðan viðskiptasamband aðila og skilmálar þessir eru í gildi, er kaupandi skuldbundinn til að taka á móti allri mjólk seljanda (greiðslumarksmjólk og umframmjólk) og seljandinn er skuldbundinn til að afhenda kaupanda alla framleiðslu sína, fyrir utan það sem hann tekur til eigin nota á heimili sínu og það sem lög heimila að sé unnið í svokallaðri heimavinnslu. Þetta er nauðsynlegt til að afstemming á greiðslumarki og umframmjólk sé í samræmi við ákvæði búvörulaga, til að kaupandi geti skipulagt mjólkursöfnun og flutninga með hagkvæmasta hætti og til þess að kaupandi geti sinnt gæðaeftirliti með mjólk. Verði breytingar á magni mjólkur sem seljandi afhendir kaupanda milli söfnunardaga, sem ekki verða útskýrðar með eðlilegum sveiflum í framleiðslu, getur kaupandi óskað skýringa frá seljanda. Ef kaupandi telur að seljandi fari ekki að skilmálum viðskiptanna um afhendingu mjólkur eða grípi til málamyndagerninga sem ætla megja að séu til þess gerðir að fara á svig við ákvæði búvörulaga getur kaupandi sagt upp viðskiptum við seljanda skriflega með fjögurra (4) vikna fyrirvara."

Samkvæmt viðskiptaskilmálunum er það ekki skilyrði fyrir kaupum á mjólk að mjólkurframleiðandi sé félagi í Auðhumlu. Staðreyndin er hins vegar sú að nánast allir framleiðendur á mjólk eru félagsmenn í Auðhumlu. Eins og MS hefur bent á eru um 650 mjólkurframleiðendur starfandi hér á landi og samkvæmt Auðhumlu eru um 700 mjólkurframleiðendur eigendur félagsins. Á heimasíðu Auðhumlu kemur fram að með því að „gerast félagsmenn njóta mjólkurframleiðendur ýmissa fríðinda. Þannig eru t.d. mjólkurflutningar í dag niðurgreiddir fyrir félagsmenn. Félagsmönnum stendur til boða lánaþingreiðsla vegna kaupa á mjólkurtönkum. Þeir fjármunir sem félagsmenn leggja fram í stofnsjóð hafa notið góðrar ávöxtunar á undanförunum árum auk þess sem stofnsjóðurinn hefur verið færður upp tvívegis á liðnum árum." Jafnframt kemur þar fram að félagsmaður geti sætt brottvikningu úr Auðhumlu ef hann er „félagsmaður af yfirvarpi, en hefur mestöll viðskipti sín annars staðar.", sbr. einnig 6. gr. samþykka fyrir Auðhumlu. Þá ber að áréttta að MS hefur lýst því yfir að félagið telji sig skuldbundið „vegna stöðu sinnar á markaði, til að kaupa alla mjólk af félagsmönnum Auðhumlu og KS án tillits til eftirspurnar neytenda hverju sinni."

Framangreindir viðskiptaskilmálar Auðhumlu voru augljóslega gerðir til þess að tryggja trúnað félagsmanna við Auðhumlu og tengd félög og að mjólkurframleiðsla þeirra skili sér óskert í vinnslu hjá MS, KS og Mjólk II. Þá eru langflestir mjólkurframleiðendur eigendur



móðurfélags MS og eiga þeir á hættu að missa fríðindi ef þeir færa viðskipti sín frá Aðhumlu.

Í ljósi framangreinds er ekki unnt að fallast á það með MS að einstakir félagsmenn í Aðhumlu og aðrir mjólkurframleiðendur geti veitt fyrirtækinu virkt samkeppnislegt aðhald í sölu á hrámjólk. Þarf í því samhengi ekki að fjalla um aðra yfirburði sem MS nýtur gagnvart einstökum mjólkurframleiðendum.

Í athugasemdum MS er gefið til kynna að Samkeppniseftirlitið hafi ekki gert athugasemdir við umrædda viðskiptaskilmála og að eftirlitið líti svo á að þeir takmarki ekki möguleika mjólkurframleiðenda til að selja öðrum en Aðhumlu hrámjólk. Þá er í upphafi skilmálanna sagt að þeir hafi verið kynntir Samkeppniseftirlitinu og að þeir séu settir með hliðsjón af m.a. ákvæðum samkeppnislaga. Vegna þessa ber að taka fram að forstjóri MS kynnti fyrir Samkeppniseftirlitinu drög að framangreindum viðskiptaskilmálum á fundi með eftirlitinu þann 7. júlí 2011. Á fundinum hafði Samkeppniseftirlitið efasemdir um lögmæti framangreindrar 2. gr. í skilmálunum og kom því frummati á framfæri við MS. Auk þess tjáði Samkeppniseftirlitið MS að það áskildi sér rétt til þess að taka til rannsóknar kvörtun skyldi hún berast vegna skilmálanna en til stóð að kynna þá fyrir bændum áður en þeir tækju gildi. Eftir kynningu MS á viðskiptaskilmálunum barst kvörtun vegna þeirra til Samkeppniseftirlitsins frá einum mjólkurframleiðanda og er hún til meðferðar hjá eftirlitinu. Samkvæmt þessu hefur Samkeppniseftirlitið enga afstöðu tekið til lögmætis umræddra skilmála og er það ekki gert í þessu máli. Eftir sem áður, og án tillits til þess hvort umrædd 2. gr. viðskiptaskilmálanna er samþýðanleg 11. gr. samkeppnislaga, er ljóst að skilmálarnir hafa samkvæmt efni sínu áhrif við mat á því hvort einstaka framleiðendur geti veitt MS samkeppnislegt aðhald, sbr. umfjöllun hér að framan.

Samkvæmt framansögðu er ekki unnt að fallast á lýsingu MS á eðli samkeppni í sölu á hrámjólk. Þá telur Samkeppniseftirlitið að útreikningur félagsins á markaðshlutdeild sinni á viðkomandi markaði standist ekki skoðun. Fyrir það fyrsta er útreikningur MS ekki byggður á tekjum eins og túlkun MS á útreikningnum gefur í skyn heldur mjólkurlítrum. Í útreikningi MS eru teknir saman seldir mjólkurlítrar félagsins á gerilsneyddri og ógerilsneyddri mjólk til KS, Mjólk II, Mjólkurbúsins, Örnú, Vífilfells og Sláturfélags Suðurlands og þeir bornir saman við heildarinnlagða mjólkurlítra til MS og KS. Eins og gefur að skilja þá tilheyrir gerilsneydd mjólk ekki viðkomandi markaði þar sem hún hefur þegar fengið vinnslu í afurðastöð. Markaðurinn nær einungis yfir ógerilsneydda hrámjólk sem afurðastöðvar nýta til vinnslu mjólkurafurða ýmis konar, þ.m.t. vinnslu á gerilsneyddri mjólk. Þá tekur útreikningur MS ekki mið af innri sölu til eigin vinnslu enda má þá sjá að MS er með yfirburðastöðu á viðkomandi markaði. Þannig er að Aðhumla/MS kaupir mjólk af bændum og ráðstafar henni til eigin vinnslu og miðlar henni til tengdra aðila auk þess að selja hana Mjólkurbúinu og öðrum sjálfstæðum afurðastöðvum í mjólkuriðnaði eins og t.d. Mjólk I, Mjólkurbúinu og Örnú sem vinnur úr henni laktósafría mjólk sem dæmi. Í útreikningi MS má sjá að félagið seldi Mjólkurbúinu rúma []¹⁰ þús. lítra af ógerilsneyddri mjólk til framleiðslu sinnar og rúma []¹¹ þús.

¹⁰ Trúnaðarmál.

¹¹ Trúnaðarmál



lítra til Örnú á árinu 2013 samanborið við []¹² milljón mjólkurlíttra sem MS og KS (þ.m.t. Mjólka II) ráðstöfuðu til eigin vinnslu á sama tíma. Eins keypti Vesturmjólk hrámmjólk af nokkrum bændum og framleiddi úr henni drykkjarmjólk, jógúrt og sýrðan rjóma undir heitinu Baula frá 2010 fram í janúar 2012 eins og framur segir. Markaðshlutfall MS og KS á markaði fyrir selda ógerilsneydda hrámmjólk til vinnslu var því tæplega 100% á árinu 2012 ef frá er talin hlutfeld Vesturmjólkur í upphafi árs og síðar 100% á árinu 2013 enda seldi ekkert annað félag afurðastöðvum ógerilsneydda hrámmjólk á þeim tíma.

Fyrir tíma Mjólkurbúsins keypti Mjólka I hrámmjólk af bændum til eigin vinnslu á fyrstu starfsárum sínum. Á þeim tíma tók Mjólka I við hrámmjólk frá Eyjum II í Kjós sem var bú í eigu Mjólkur I og svo stuttu seinna Brúarreykjum, Lambastöðum, Kverngrjóti, Kolugili, Efra-Múla og Saurstöðum. Síðan keypti Mjólka reksturinn á Grjóteyri í Kjós og tók við hrámmjólk frá búinu til eigin vinnslu. Á þeim tíma seldi Mjólka Vífilfelli gerilsneydda mjólk í lausu máli til framleiðslu á kakómjólkinni Kappa og próteindrykknum Hámarki. Í árslok 2007 og í byrjun árs 2008 brustu áætlanir Vífilfells um sölu á Kappa og Hámarki og hlóðust þá upp mjólkurbirgðir hjá Mjólkur I. Mjólka I vann osta úr umframbirgðum á mjólk á þeim tíma og setti þá í frost en fljótlega upp úr því var óskað eftir viðræðum við MS um að kaupa mjólk frá Mjólkur I. MS taldi sig ekki geta orðið við því en gerði þess í stað samninga við Mjólkur I um að kaupa innvigtunarbúnaði og mjólkurbíla félagsins og annast sjálf að öllu leyti mjólkursöfnun og sölu á hrámmjólk til Mjólkur I. Frá og með þeim tíma var Mjólka I orðin háð MS um hrámmjólk til sinnar framleiðslu. Samningur þess efnis var undirritaður þann 10. mars 2008, sbr. nánar hér síðar. Með því varð staða MS á markaði fyrir sölu á hrámmjólk enn sterkari en áður. Áður nefnt ákvæði í viðskiptaskilmálum móðurfélags MS á miðju ári 2011 um skuldbindandi ákvæði um kaup á allri mjólk af bændum sem eru félagsmenn Auðhumlu styrkti einnig enn frekar stöðu MS og KS á viðkomandi markaði.

Samþjöppun hefur lengi verið mikil á mjólkurmarkaði. Í álitserð Árna Vilhjálmssonar og Eriks Tómassonar frá apríl 2004, er fylgdi með frumvarpinu sem varð að lögum nr. 85/2004, kemur fram að starfandi hafi verið níu afurðarstöðar í mjólkuriðnaði. Síðan segir að innbyrðis „*milli afurðastöðva eru veruleg eignatengsl. Í raun eru þrjár stærstu afurðarstöðvarnar með um 95% markaðshlutfeld.*“ Eins og áður segir komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu í ákvörðunum nr. 40/2009 og 17/2010 að MS/KS byggju yfir miklum efnahagslegum styrkleika. Að mati Samkeppniseftirlitsins hafa engar breytingar orðið á markaðnum sem draga úr þeim efnahagslega styrkleika MS/KS sem lýst er í framangreindum ákvörðunum. Í þessu samhengi má horfa til fundargerðar verðlagsnefndar búvara vegna fundar 17. febrúar 2014. Þar er bókað að „*MS hefur yfirburða stöðu á mjólkurmarkaði.*“ Í fundargerðinni kemur fram að forstjóri MS og Auðhumlu og framkvæmdastjóri framleiðsluviðs MS hafi verið viðstaddir. Fundargerðin ber ekki með sér að þeir hafi látið bóka mótmæli gegn því mati að MS hafi yfirburðastöðu á mjólkurmarkaði.

Samandregið má segja að þær breytingar sem leitt hafi af lögum nr. 85/2004 hafi skapað ástand í íslenskum mjólkuriðnaði sem heggur nærri einokun. Með stofnun MS átti sér

¹² Trúnaðarmál



stað mikil samþjöppun á markaðnum og búvörulög leyfa MS og KS mjög nána viðskiptalega samvinnu þannig að líta verður á þau fyrirtæki sem einn og sama aðilann. Nánast allir mjólkurframleiðendur á landinu eru eigendur að móðurfélagi MS og það félag hefur á rannsóknartímabilinu keypt a.m.k. yfir 90% af allri hrámjólk sem seld hefur verið hér á landi.

Í ljósi framanritaðs er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að MS og KS séu og hafi verið í markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreinda markaði á því tímabili sem athugun þessi tekur til, þ.e. frá árinu 2008 til 2013. Er um að ræða einstaka yfirburðastöðu á markaði sem heggur nærri einokun.

IV. MISNOTKUN Á MARKAÐSRÁÐANDI STÖÐU

Í máli þessu þarf að taka afstöðu til þess hvort MS hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga á rannsóknartímabili málsins (árin 2008-2013). Verður fjallað um aðgerðir MS og verðlagningu félagsins á hrámjólk til tengdra aðila annars vegar og til keppinauta hins vegar. Fjallað verður um skýringar MS á ólíkri verðlagningu á hrámjólk, hlutverk verðlagsnefndar búvöru og hvort ákvæði búvörulaga eigi við í því sambandi. Þá verður gerð grein fyrir réttlætungarsjónarmiðum MS í málinu og þau metin.

1. Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga

Áður en vikið er að aðgerðum MS verður fjallað almennt um túlkun á 11. gr. samkeppnislaga. Einnig verður grein fyrir banni ákvæðisins við mismunun í verði.

1.1 Almennt um bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu

Samkvæmt 1. gr. samkeppnislaga er það markmið þeirra að efla virka samkeppni í viðskiptum. Skal því markmiði m.a. náð með því að vinna gegn skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum og auðvelda aðgang nýrra keppinauta að markaðnum. Í þessu sama skyni er lagt bann við því í 11. gr. laganna að fyrirtæki sem er í markaðsráðandi stöðu misnoti hana, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2013, *Valitor hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga er byggt á 54. gr. EES-samningsins og við túlkun þess er almennt rétt að hafa hliðsjón af EES/ESB-samkeppnisrétti, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2012, *Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Eins og fram kemur í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008, *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*, leiðir af 11. gr. samkeppnislaga að tiltekna skyldur hvíla á markaðsráðandi fyrirtækjum:

„Af 11. gr. samkeppnislaga leiðir að fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu hafa skyldum að gegna um að grípa ekki til neinna aðgerða sem raskað geta þeirri eðlilegu samkeppni sem ríkir á tilteknum markaði. Við nánari skilgreiningu á þeirri skyldu ber að líta til 1. gr. samkeppnislaga en samkvæmt henni skal markmiði laganna m.a. náð með því að:



- a. vinna gegn óhæfilegum hindrunum og takmörkunum á frelsi í atvinnurekstri,
- b. vinna gegn óréttmætum viðskiptaháttum, skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum,
- c. auðvelda aðgang nýrra keppinauta að markaðnum.

Því má með réttu segja að skyldur fyrirtækja í markaðsráðandi stöðu náí m.a. til þess að vinna ekki gegn fyrrgreindum markmiðum samkeppnislaga með óeðlilegum hætti. Misnotkun markaðsráðandi stöðu getur því verið fólgin í því að vinna gegn markmiðum samkeppnislaga ef aðgerð hefur ekki eðlilegar samkeppnislegar forsendur. Samkvæmt þessu er einnig rétt að líta svo á að skyldur markaðsráðandi fyrirtækja geti að öðru jöfnu verið því ríkari þeim mun sterkari sem þau eru á viðkomandi markaði enda má ætla að samkeppni veikist þá að sama skapi. Þó ber að hafa í huga að styrkur samkeppnisaðila skiptir máli þegar mörk leyfilegra aðgerða hins markaðsráðandi fyrirtækis eru metin. Ástæðan er sú að meira þarf að öllum jafnaði til að koma til þess að ryðja honum af markaðinum eða veikja hann verulega."

Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur, sem staðfestur var með vísan til forsendna af Hæstarétti Íslands í máli nr. 550/2007 *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, segir:

„Skilgreina verður hverju sinni hvort um misnotkun er að ræða á markaðsráðandi stöðu sem er bönnuð samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga, en í lagagreininni kemur ekki fram tæmandi talning á því hvað teljist misnotkun, eins og réttilega kemur fram í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar."

Í samkeppnisrétti er talið að misnotkun sé hlutlægt hugtak sem vísar til hegðunar markaðsráðandi fyrirtækis sem er til þess fallin að hafa áhrif á gerð tiltekins markaðar þar sem samkeppni er þegar takmörkuð vegna þess að á markaðnum er fyrir hendi markaðsráðandi fyrirtæki. Hegðunin felst í aðgerðum sem ekki geta talist til eðlilegrar samkeppni (e. *normal competition*) í skilningi samkeppnisréttarins. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2006, *Flugþjónustan á Keflavíkurflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu* kemur fram eftirfarandi:

„Verður almennt talið að um misnotkun á markaðsráðandi stöðu sé að ræða þegar fyrirtæki beita aðferðum á tilteknum markaði sem ekki er unnt að samrýma eðlilegri samkeppni og hindra hana eða vöxt hennar. Af framangreindu leiðir að markaðsráðandi fyrirtæki má ekki grípa til neinna aðgerða sem veikt geta keppinauta þess og þar með styrkt markaðsráðandi stöðu sína nema aðgerðirnar helgist af samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu fyrirtækisins."

Samkvæmt þessu er markaðsráðandi fyrirtæki óheimilt að bæta stöðu sína á markaði með öðrum aðgerðum en samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu fyrirtækisins (e. *competition on the merits*). Hér má einnig vísa til úrskurða



áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17-18/2003, nr. 4/2007, nr. 3/2008, 4/2103 og dóma dómstóla ESB.¹³

Framangreint þýðir óhjákvæmilega að möguleikar markaðsráðandi fyrirtækja til að taka þátt í samkeppni eru takmarkaðri heldur en almennt er heimilt í viðskiptum, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar frá 14. mars 2013 í máli nr. 355/2013, *Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Hugtakið eðlileg samkeppni í framangreindum skilningi hefur því þrengri merkingu en sú samkeppni sem fyrirtæki geta stundað sem ekki eru í ráðandi stöðu. Markaðsráðandi fyrirtæki er þannig ekki heimilt að keppa í verði nema sú samkeppni byggist á eðlilegum efnahagslegum grunni.¹⁴ Það getur því verið ólöglegt fyrir markaðsráðandi fyrirtæki að grípa til ráðstafana sem almennt þykja sjálfsagðar á samkeppnismarkaði, eins og t.d. að bjóða viðskiptavinum smærri keppinautar lægra verð. Þessi regla helgast af þeirri ríku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands frá 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010, *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Í hinni ríku skyldu sem hvílir í samkeppnisrétti á markaðsráðandi fyrirtækjum felst að þau mega ekki grípa til neinna ráðstafana sem raskað geta með óeðlilegum hætti þeirri samkeppni sem ríkir á markaðnum eða misbeita með öðrum hætti stöðu sinni, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*.¹⁵

Umfang hinnar sérstöku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum um að raska ekki samkeppni ræðst af atvikum í hverju máli fyrir sig.¹⁶ Við nánari skilgreiningu á umræddri skyldu ber að líta til ákvæðis 1. gr. samkeppnislaga en samkvæmt því skal markmiði laganna náð með því m.a. að vinna gegn skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum og að auðvelda nýjum keppinautum aðgengi að markaðnum, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Misnotkun á markaðsráðandi stöðu getur falist í hvers konar aðgerðum sem miða að því að styrkja eða verja hina ráðandi stöðu.¹⁷ Misnotkunin getur einnig verið fólgin í því að

¹³ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB frá 6. desember 2012 í máli nr. C-457/10P *AstraZeneca v Commission*, mgr. 74-75: „...it is settled case-law that the concept of 'abuse' is an objective concept referring to the conduct of a dominant undertaking which is such as to influence the structure of a market where the degree of competition is already weakened precisely because of the presence of the undertaking concerned, and which, through recourse to methods different from those governing normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition ... It follows that Article 82 EC prohibits a dominant undertaking from eliminating a competitor and thereby strengthening its position by using methods other than those which come within the scope of competition on the merits ...”.

¹⁴ Sjá t.d. Dr. Hans-Georg Kamann og Ellen Bergman, *The Granting of Rebates by Market Dominant undertakings under Article 82 of the EC Treaty*, [2005] ECLR 83. „A market dominant undertaking is not allowed to take recourse to price and rebate methods which do not constitute normal means of efficiency competition. Such methods would constitute an abuse under Article 82. EC. ”

¹⁵ Sjá einnig t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. 322/81 *Michelin v. Commission* [1983] ECR 3461.

¹⁶ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. C-333/94P, *Tetra Pak v. Commission* [1996] ECR I-5951.

¹⁷ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-128/98 *Aéroports de Paris v Commission* [2000] ECR II-3929. Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 15. júní 2005 í máli nr. COMP/A.37.507 *AstraZeneca*: ... „the Court of Justice has held that the strengthening of the position of an undertaking may be an abuse and



vinna gegn framangreindu markmiði samkeppnislaga ef slíkar aðgerðir byggja ekki á eðlilegum samkeppnislegum forsendum. Misnotkunin þarf því ekki að felast í því að hinni markaðsráðandi stöðu sé beitt eða að misnotkunin byggi á hinum efnahagslega styrkleika sem felst í markaðsráðandi stöðu.¹⁸ Kjarni þeirrar misnotkunar á markaðsráðandi stöðu sem raskar samkeppni er að hegðun markaðsráðandi fyrirtækis sé til þess fallin að hamla þeirri takmörkuðu samkeppni sem er á markaðnum eða hindra vöxt hennar.¹⁹ Markaðsráðandi fyrirtæki mega þannig ekki grípa til óeðlilegra aðgerða sem miða að því að styrkja eða verja stöðu sína á markaðnum, sbr. t.d. úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17-18/2003 og 3/2008.

Eins og fyrr sagði á brot á 11. gr. samkeppnislaga á sér stað ef markaðsráðandi fyrirtæki grípur til aðgerða sem eru til þess fallnar að raska samkeppni og fela ekki í sér samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu. Markaðsráðandi fyrirtæki hafa í eldri málum haldið því fram að það sé skilyrði fyrir broti á 11. gr. samkeppnislaga að aðgerð markaðsráðandi fyrirtækis hafi í raun haft skaðleg áhrif á samkeppni. Með öðrum orðum verði Samkeppniseftirlitið að sanna skaðleg áhrif til þess að um brot geri verið að ræða. Ekki hefur verið fallist á þetta. Má hér vísa til dóma Hæstaréttar í málum nr. 550/2007 *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, nr. 188/2010 *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* og nr. 355/2013, *Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Sama túlkun er einnig lögð til grundvallar í EES/ESB-samkeppnisrétti. Hefur þetta komið skýrt fram í dómum bæði EFTA dómstólsins²⁰ og dómstólum ESB.²¹

Brot á 11. gr. laganna er heldur ekki háð því að sýnt sé fram á ásetning til þess að raska samkeppni, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2008. Af þessu öllu leiðir einnig að ekki skiptir t.d. máli í þessu sambandi þó markaðshlutdeild hins markaðsráðandi fyrirtækis minnki eða verð þess hafi lækkað á því tímabili sem misnotkun átti sér stað.²²

1.2 Ólögmat mismunun

Til skoðunar er í þessu máli hvort MS hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með því að krefja m.a. Mjólkurbúið um verð á hrámjólk til vinnslu mjólkurafurða sem var hærra en

prohibited under Article 82 of the Treaty, regardless of the means and procedure by which it is achieved, and even irrespective of any fault." Ákvörðunin staðfest með dómi dómstóls ESB frá 10. júlí 2014.

¹⁸ Sjá hér dóm dómstóls ESB í máli nr. 6/72 *Europemballage and Continental Can v Commission* [1973] ECR 215: Í málinu benti dómstóllinn á þetta: „*Such being the meaning and the scope of article 86 of the EEC treaty, the question of the link of causality ... between the dominant position and its abuse, is of no consequence, for the strengthening of the position of an undertaking may be an abuse and prohibited under article 86 of the treaty, regardless of the means and procedure by which it is achieved, ...*”

¹⁹ Sjá hér dóm dómstóls ESB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 461.

²⁰ Dómur EFTA dómstólsins frá 18. apríl 2012 í máli nr. E-15/10, *Posten Norge* gegn Eftirlitsstofnun EFTA, mgr. 131-132: „*... the argument of the applicant that ESA was required to demonstrate actual anti-competitive effects must be rejected. It was sufficient for ESA to show that the conduct in question was liable to distort competition by raising barriers to entry and, therefore, to the maintenance or growth of the competition still existing in the market.*”

²¹ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB frá 19. apríl 2012 í máli nr. C-549/10, *Tomra v Commission*: Sjá m.a. mgr. 79: „*...it is therefore unnecessary to undertake an analyse of the actual effects of the rebates on competition given that, for the purposes of establishing an infringement of Article 102 TFEU, it is sufficient to demonstrate that the conduct at issue is capable of having an effect on competition, as recalled in paragraph 68 of this judgment.*” Sama túlkun lögð til grundvallar í dómi dómstóls ESB frá 6. desember 2012 í máli nr. C-457/10, *AstraZeneca v Commission* og í dómi hans frá 10. júlí 2014 í máli nr. C-295/12, *Telefónica SA v Commission*.

²² Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-203/01 *Michelin v Commission* [2003] ECR II-4071: „*The applicant cannot base an argument on the fact that its market shares and prices fell during the period in question.*”



Það verð sem Mjólka II þurfti að greiða MS fyrir sömu vöru. Segir Mjólkurbúið að fyrirtækið hafi þurft að greiða 17% hærra verð.

Í c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga segir að bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu taki til þess þegar „viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra þannig veikt.“ Í athugasemdum við frumvarp sem varð að lögum sem breyttu eldri samkeppnislögum er þetta bann við mismunun skýrt svo:

„Þessi staflíður tekur t.d. til misnotkunar sem felst í því að fyrirtæki býður sumum af viðsemjendum sínum afslætti sem ekki bjóðast öðrum sem eiga við það sams konar viðskipti. Almenn er afsláttarfyrirkomulag sem byggist á kostnaðarlegum forsendum, þ.e. verðlækkun sem grundvallast á lægri kostnaði, ekki talið hafa skaðleg áhrif á samkeppni, heldur er þvert á móti talið geta eflt virka samkeppni, byggist það á hlutlægum og sanngjörnum forsendum sem kaupendur þekkja. Afsláttur, eða verðlækkun, sem ekki byggist á slíkum sjónarmiðum, t.d. svokallaðir tryggðarafslættir, geta hins vegar haft áhrif á samkeppni milli fyrirtækja og þar með á aðgang að markaðnum. Þetta á sérstaklega við þar sem samkeppni er þegar takmörkuð, t.d. vegna markaðsráðandi fyrirtækis á viðkomandi markaði. Nauðsynlegt er að kanna í hverju einstöku tilfelli fyrir sig hvenær aðilum er mismunað með ólíkum skilmálum í skilningi ákvæðisins.“²³

Samkvæmt þessu fellur undir c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga svonefnd verðmismunun (e. price discrimination). Hún felur almennt í sér sölu á sömu vöru (eða þjónustu) á mismunandi verði og að sá munur í verði helgist ekki með beinum hætti af ólíkum kostnaði við hverja sölu fyrir sig.²⁴ Samkvæmt þessu getur markaðsráðandi fyrirtæki brotið gegn c. lið 2. mgr. 11. gr. laganna ef það mismunar sambærilegum viðskiptaaðilum sínum með t.d. ólíkum afslætti, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 1/2013, *Sorpa bs. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Í því máli var staðfest sú niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að aukinn afsláttur Sorpu til eigenda sinna (18%), sem aðrir viðskiptavinir nutu ekki, hefði farið gegn c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Getur markaðsráðandi fyrirtæki þannig verið óheimilt að vera með mismunandi verð til viðskiptavina sinna ef mismunurinn byggist á ekki á raunverulegum málefnalegum forsendum.²⁵

Við athugun á því hvort um brot á c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga sé að ræða þarf nánar tiltekið að líta til þess hvort viðskiptavinum markaðsráðandi fyrirtækis sé

²³ Sjá athugasemdir við frumvarp sem varð að breytingarlögum nr. 107/2000 á samkeppnislögum nr. 8/1993. Ákvæði 11. gr. núgildandi samkeppnislaga er samhljóða þessu, sbr. athugasemdir við það ákvæði.

²⁴ Sjá Richard Whish, *Competition Law*, sjöunda útgáfa 2012, bls. 759.

²⁵ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB frá 9. september 2009 í máli nr. T-301/04 *Clearstream v Commission*: „169 Discriminatory pricing by an undertaking in a dominant position is prohibited by subparagraph (c) of the second paragraph of Article 82 EC, which refers to abuse consisting in 'applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage'.

Thus, according to the case-law, an undertaking may not apply artificial price differences such as to place its customers at a disadvantage and to distort competition (Case T-83/91 *Tetra Pak v Commission* [1994] ECR II-755, paragraph 160, and *Deutsche Bahn v Commission*, paragraph 65 above, paragraph 78).“



mismunað með „ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum“ í skilningi ákvæðisins. Hefur verið bent á að þetta ákvæði sé í raun birtingarmynd af hinni almennu jafnræðisreglu sem krefst þess að sambærileg mál skuli hljóta sams konar úrlausn nema málefnaleg sjónarmið leyfi annað. Í samkeppnisrétti eru sjónarmið sem leiða af sér samkeppnishömlur eða eru til þess fallin að raska samkeppni ekki málefnaleg og heimila því ekki mismunandi úrlausn sambærilegra tilvika.²⁶

Við mat á því hvort um samskonar viðskipti sé að ræða má horfa til eðlis viðkomandi vöru eða þjónustu og til þess kostnaðar sem tengist sölu hennar. Ólíkur kostnaður við sölu á sömu vöru getur því réttlætt mismunandi verð á henni. Hugtakið „samskonar viðskipti“ hefur hins vegar verið skýrt með rúmum hætti í samkeppnisrétti og ekki hefur verið gerð sú krafa að sýnt sé fram á að kostnaður vegna þeirra viðskipta sem til skoðunar eru sé nákvæmlega eins.²⁷ Er þannig ekki gerð sú krafa að engin munur sé á þeim viðskiptum sem til samanburðar eru. Í t.d. Deutsche Bahn málinu staðfesti dómstóll ESB þá niðurstöðu framkvæmdastjórnarinnar að vöruflutningar með lest annars vegar til hafna í Norður-Þýskalandi og hins vegar til hafna í Belgíu og Hollandi væru samskonar viðskipti í skilningi samkeppnisréttarins. Engu þótti breyta að þessar flutningaleiðir væru mismunandi langar.²⁸

Í c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga er einnig vísað til þess að mismunun leiði til þess að samkeppnisstaða viðkomandi viðskiptaðila sé veikt. Ljóst er m.a. að ef viðskiptavinir markaðsráðandi fyrirtækis eru keppinautar er sala á sama hráefni til þeirra á mismunandi verði ljóslega til þess fallin að raska samkeppnisstöðu þess viðskiptavinar sem þarf að greiða hærra verð. Ekki er hér gerð krafa um að sýnt sé fram á áþreifanlega veikingu á samkeppnisstöðu heldur dugar að mismununin sé til þess fallin eða hafi tilhneigingu til þess að raska samkeppni.²⁹ Skýrt dæmi um slíka ólögmæta mismunun er þegar

²⁶ Sjá álit Kokott aðalögusögumans við dómstól ESB frá 23 febrúar 2006 í máli nr. C-95/04, *British Airways v Commission*: „114. Like all prohibitions on discrimination contained in the Treaty, the particular prohibition on discrimination in subparagraph (c) of the second paragraph of Article 82 EC is an expression of the general principle of equal treatment and requires that comparable factual situations are not treated differently and different factual situations are not treated in the same way, in so far as there is no objective justification for such treatment. In other words, only legitimate business considerations can justify different treatment of business partners by the dominant undertaking. Such legitimate considerations can, for example, justify quantity rebates. By contrast, business considerations which, in the circumstances of the particular case, represent anti-competitive behaviour cannot in any way be used as justification for unequal treatment of business partners.“

²⁷ Sjá t.d. Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, fimmta útgáfa 2010, bls. 812: „... a broad interpretation of the concept „equivalence“ has sometimes been applied in practice, resulting in transactions which were not obviously equivalent being found so. In addition, previous cases demonstrate that the Commission does not need to establish that the transactions have precisely the identical supply cost.“

²⁸ Sjá dóm dómstóls ESB frá 27. apríl 1999 í máli nr. C-436/97.

²⁹ Sjá dóm dómstóls ESB frá 15. mars 2007 í máli nr. C-95/04, *British Airways v Commission*: „143 ... The commercial behaviour of the undertaking in a dominant position may not distort competition on an upstream or a downstream market, in other words between suppliers or customers of that undertaking. Co-contractors of that undertaking must not be favoured or disfavoured in the area of the competition which they practise amongst themselves.“

144 Therefore, in order for the conditions for applying subparagraph (c) of the second paragraph of Article 82 EC to be met, there must be a finding not only that the behaviour of an undertaking in a dominant market position is discriminatory, but also that it tends to distort that competitive relationship, in other words to hinder the competitive position of some of the business partners of that undertaking in relation to the others (see, to that effect, *Suiker Unie*, paragraphs 523 and 524).

145 In that respect, there is nothing to prevent discrimination between business partners who are in a relationship of competition from being regarded as being abusive as soon as the behaviour of the undertaking in a dominant position tends, having regard to the whole of the circumstances of the case, to lead to a distortion



markaðsráðandi fyrirtæki selur tengdu fyrirtæki hráefni á lægra verði heldur en keppinauti hins tengda fyrirtækis býðst.³⁰ Um brot á c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga getur verið að ræða þrátt fyrir að viðskiptavinir markaðsráðandi fyrirtækis séu ekki beinir keppinautar.³¹

Ekki er um brot á c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga að ræða ef mismunandi kjör viðskiptavina byggja á hlutlægum réttlættingarástæðum. Dæmi um málefnaleg sjónarmið sem heimila mismunandi kjör er kostnaðarlegt hagræði sem leiðir af magnkaupum. Sönnunarbyrði um þetta hvílir á viðkomandi markaðsráðandi fyrirtæki.³²

1.3 Um sjónarmið MS varðandi túlkun 11. gr. samkeppnislaga

MS telur að í andmælaskjalinu hafi Samkeppniseftirlitið ekki gætt nægjanlega vel að því að túlka ákvæði c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga í samræmi við EES/ESB-samkeppnisrétt. Fara verði varlega við túlkun ákvæðisins og séu úrlausnir um brot á samskonar ákvæði í EES/ESB-rétti „sem byggja eingöngu á því að fyrirtæki hafi mismunað viðskiptavinum á fráliggjandi mörkuðum gríðarlega sjaldgæfar.“ Að mati MS þurfi að vera fyrir hendi sérstakar aðstæðir til þess slík mismunun geti verið ólögmat. Í því geti falist að hið markaðsráðandi fyrirtæki sé nánast í einokunarstöðu og mismununin hafi verið umtalsverð og viðvarandi.

Samkvæmt c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga (og c. liða 2. mgr. 54. gr. EES-samningsins) er markaðsráðandi fyrirtækjum óheimilt að mismuna viðskiptaaðilum með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra þannig veikt. Hvorki orðalag þessara ákvæða né túlkun áfrýjunarnefndar samkeppnismála og dómstóla ESB leiðir til þeirrar niðurstöðu að brot á þeim geti aðeins átt sér stað að uppfylltum þeim viðbótarskilyrðum sem MS tilgreinir. Hins vegar er ljóst að markaðsráðandi fyrirtæki hafa ávallt tækifæri á að sýna fram á að hlutlægar réttlættingarástæður heimili mismunandi kjör og slíkt kann að vera auðveldara þegar markaðsráðandi fyrirtæki starfar ekki sjálft (eða tengd fyrirtæki) á því sölustigi þar sem mismunandi kjör á sömu vöru eru veitt. Hið öndverða gildir þegar markaðsráðandi fyrirtæki hefur hagsmuna að gæta á því sölustigi

of competition between those business partners. In such a situation, it cannot be required in addition that proof be adduced of an actual quantifiable deterioration in the competitive position of the business partners taken individually."

³⁰ Sjá Bellamy & Child, European Union Law of Competition, sjöunda útgáfa 2013, bls. 802.

³¹ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB frá 24 október 2002, Aéroports de Paris v Commission. Bæði dómstólinn og undirétturinn staðfestu þá niðurstöðu framkvæmdastjórnar ESB að rekstraraðili fugvalla í París hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sínu með mismunandi verðlagningu til annars vegar flugafgreiðslufyrirtækja og hins vegar til flugfélaga sem önnuðust eigin afgangslu (self handling). Í mgr. 215 í dómi undirréttarins segir um þetta: „... it cannot be accepted that the rate of the fee applied in the case of self-handling can have no impact on competition between those involved in the market in groundhandling services for third parties because self-handling is a separate activity from groundhandling for third parties. First of all, those providing the two categories of groundhandling services receive the same services from ADP. Next, the fact that self-handling is subject to a rate of fee of [...] means that those authorised to provide both categories of services are able to write off their investments and are thus able to offer better terms for services provided for third parties. Last, this rate of fee of [...] may encourage certain airlines to take up self-handling rather than employ the services of a third party.“ sbr. einnig mgr. 116 í dómi dómstóls ESB.

³² Sjá dóm undirréttar ESB í máli nr. 201/04, Microsoft v Commission [2007] ECR-3601: „688 The Court notes, as a preliminary point, that although the burden of proof of the existence of the circumstances that constitute an infringement of Article 82 EC is borne by the Commission, it is for the dominant undertaking concerned, and not for the Commission, before the end of the administrative procedure, to raise any plea of objective justification and to support it with arguments and evidence. It then falls to the Commission, where it proposes to make a finding of an abuse of a dominant position, to show that the arguments and evidence relied on by the undertaking cannot prevail and, accordingly, that the justification put forward cannot be accepted.“



þar sem mismunun er beitt.³³ Ólíkt því sem MS heldur fram snýst þetta mál ekki um mismunun MS á frálíggjandi markaði þar sem MS hefur enga aðkomu. Þvert á móti hefur t.d. Mjólka II, sem naut betri kjara en Mjólkurbúið, rík tengsl við MS, sbr. umfjöllun bæði hér að framan og síðar.

Þrátt fyrir að ekki sé krafa að ætlað brotlegt fyrirtæki sé nánast í einokunarstöðu til þess að um brot á c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga sé að ræða getur slík staða haft þýðingu við mat á atvikum málsins. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur í því sambandi bent á „að skyldur markaðsráðandi fyrirtækja geti að öðru jöfnu verið því ríkari þeim mun sterkari sem þau eru á viðkomandi markaði enda má ætla að samkeppni veikist þá að sama skapi.“, sbr. úrskurð í máli nr. 3/2008. Hér að framan var komist að þeirri niðurstöðu að á rannsóknartímabili þessa máls hafi MS verið í einstakri yfirburðarstöðu sem heggur nærri einokun.

MS byggir á því að Samkeppniseftirlitið hafi ranglega haldið því fram að framkvæmd í samkeppnisrétti sýni að ekki þurfi mikið til að koma þannig að skilyrðið um veikingu samkeppnisstöðu í c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga teljist uppfyllt. Telur MS að gera verði strangari kröfur að þessu leyti og ekki sé um ræða brot nema viðskiptavinir sem njóta mismunandi kjara séu raunverulegir keppinautar.

Hér ber að líta til þess að samkvæmt c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga felst í misnotkun á markaðsráðandi stöðu að viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í samskonar viðskiptum „og veikja þannig“ samkeppnisstöðu þeirra. Hefur framkvæmdastjórn ESB bent á að samskonar orðalag í ESB-samkeppnisrétti geri ráð fyrir því að veiking á samkeppnisstöðu leiði af slíkri mismunun.³⁴ Þá hefur sú ályktun verið dregin af réttarframkvæmdinni að ekki bera að túlka umrætt skilyrði um veikingu samkeppnisstöðu þröngt.³⁵ Eins og nefnt var hefur dómstóll ESB ekki gert þá kröfu að

³³ Sjá t.d. O'Donoghue & Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, önnur útgáfa 2013, bls. 805 og áfram. Sjá einnig Bellamy & Child, *European Union Law of Competition*, sjöunda útgáfa 2013, bls. 802: „Price discrimination which lacks objective justification and places one customer of the dominant firm at a competitive disadvantage as against that customer's competitors is likely to be an abuse, particularly if the advantaged customer is vertically integrated with the dominant supplier.“

³⁴ Sjá hér ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í máli nr. COMP/38.096, Clearstream, mgr. 302: „Article 82 of the Treaty prohibits discrimination by a dominant undertaking. In particular, the abusive conduct may consist in „applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage“. The existence of discrimination therefore presupposes that the conditions applied be dissimilar, that transactions -in this case, the services provided- be equivalent, and that through its behaviour the dominant undertaking places trading parties at a competitive disadvantage.“ Ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar var staðfest með dómi undirréttar ESB frá 9. september 2009 í máli nr. T-301/04.

³⁵ Sjá t.d. Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, fimmta útgáfa 2010, bls. 813: „Although the wording of Article 82(c) explicitly indicates that different prices are only considered discriminatory if the customer that is charged the higher price is placed at a competitive disadvantage, little attention has been given to establishing whether this condition is satisfied in practice ... a customer paying a higher price to the dominant supplier apparently does not need to be placed at a competitive disadvantage to customers of the same supplier that pay the lower price (i.e. the customers do not need to be competing with each other in the same downstream market), and it seems sufficient that the customers suffers a disadvantage in competing with customers of other suppliers by virtue of paying the higher price.“ Sjá einnig Bellamy & Child, *European Union Law of Competition*, sjöunda útgáfa 2013, bls. 803. Í álitum Van Gerven aðallögsögumans við dómstól ESB í máli nr. C-18/93 segir: „„I consider that what is involved here is clearly an instance of the form of abuse of a dominant position which is covered by indent (c) of the second paragraph of Article 86 of the EC Treaty, namely "applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage". It appears implicitly from the Community case-law, in particular the judgments in *United Brands* and in *Merci*, that the Court does not interpret that phrase restrictively, with the result that it is



sýnt sé fram á áþreifanlega veikingu á samkeppnisstöðu heldur dugi að mismununin sé til þess fallin eða hafi tilhneigingu til þess að raska samkeppni. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2006 vísaði nefndin til yfirburðastöðu Osta og smjöröslunnar (eins forvera MS) og taldi að um veikingu á samkeppnisstöðu hefði verið að ræða í skilningi c. liðar 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga þrátt fyrir að viðkomandi viðskiptavinir notuðu undanrennuduft frá Osta og smjöröslunni til þess að framleiða ólíkar vörur, sbr. nánar hér á efir. Telur Samkeppniseftirlitið að túlkun þess á umræddu ákvæði sé í samræmi við þær leiðbeiningar sem fram hafa komið í innlendum og EES/ESB-samkeppnisrétti.

MS telur að umfjöllun um c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga hafi verið ábótavant í andmælaskjalinu. Aðeins hafi verið vísað til „*afmarkaðra innlendra réttarheimilda*“ og tilvísanir til EES/ESB-samkeppnisréttar hafi verið rýrar.

Samkvæmt 1. mgr. 17. gr. reglnanna skal í andmælaskjali lýsa helstu atvikum málsins og greina frá grundvelli þess í aðalatriðum að tiltekna aðstæður eða háttsemi kunni að fara gegn ákvæðum samkeppnislaga. Kemur fram að ekki sé nauðsynlegt að í andmælaskjalinu komi fram tæmandi lýsing á atvikum málsins eða sjónarmiðum Samkeppniseftirlitsins. Ber hér að hafa í huga að með útgáfu andmælaskjals er aðilum máls veitt ríkari andmælaréttur heldur en mælt er fyrir um í stjórnisýslulögum.³⁶ Í þessu samhengi ber einnig að líta til þess að í andmælarétti í samkeppnismálum felst ekki að málsaðili skuli „*fyrirfram fá vísbendingar um hvernig stjórnvöld munu túlka lög*“ í ákvörðunum sínum, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17-18/2003, *Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði*.

Í andmælaskjali þessa máls var rökstutt það frummat að MS hafi brotið gegn umræddu ákvæði samkeppnislaga. Vísað var í því samhengi til ýmissa úrskurða áfrýjunarnefndar samkeppnismála og dómstóla þar sem inntak 11. gr. samkeppnislaga er skýrt. Athugasemdir MS gefa skýrt til kynna að fyrirtækinu er ljóst hvaða háttsemi þess er til athugunar. Ekki er því unnt að fallast á framangreinda gagnrýni MS.

2. Aðgerðir MS og ákvæði búvörlaga

Mjólka I hóf starfsemi árið 2005 með framleiðslu á fetaosti í samkeppni við MS. Með tímanum fjölgaði vörutegundum sem framleiddar voru og seldar í samkeppni við MS. Vegna rekstrarerfiðleika var Mjólka I seld KS í árslok 2009, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 40/2009 og umfjöllun hér að framan. Eftir sölu Mjólku I til KS stofnaði seljandinn annað sambærilegt vinnslufyrirtæki og Mjólka I undir heitinu Mjólkurbúið Kú sem staðsett var í sömu götu og Mjólka II í Hafnarfirði. Mjólkurbúið flutti síðan aðsetur sitt úr Hafnarfirði til Reykjavíkur um áramót 2013/2014.

Eins og að framan greinir heldur Mjólkurbúið því fram að MS hafi misnotað markaðsráðandi stöðu með því að krefja Mjólkurbúið um verð á hefðbundinni hrámjólk til

not necessary, in order to apply it, that the trading partners of the undertaking responsible for the abuse should suffer a competitive disadvantage against each other or against the undertaking in the dominant position. ”

³⁶ Sjá Opinbert Markaðseftirlit eftir Eirík Jónsson, Friðrik Ársælon og Kristínu Benediktsdóttur, 2012 bls. 146.



vinnslu mjólkurafurða sem sé 17% hærra verð en Mjólka II þurfi að greiða MS. Einnig er til skoðunar samskonar munur í verði sem gildi gagnvart Mjólku I.

Það er óumdeilt í málinu að Mjólkurbúið greiddi hærra verð fyrir viðkomandi vöru en Mjólka II. Mjólka I greiddi einnig hærra verð en fyrirtæki innan MS samstæðunnar. MS byggir hins vegar á því að þessi munur í verði fari ekki gegn samkeppnislögum og vísar í því sambandi m.a. til ákvæða búvörlaga. Skal fyrst vikið að skýringum fyrirtæksins á þessum viðskiptakjörum. Því næst er gerð grein fyrir verðlagningu á mjólk á mismunandi vinnslustigum og hlutverki verðlagsnefndar búvöru í verðlagningu á mjólk til bænda og ákvörðun á heildsöluverði tiltekinna mjólkurafurða. Þá er tekið til athugunar hvort ákvæði búvörlaga hafi þau áhrif að þessi mismunur á verði geti ekki falið í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga.

2.1 Skýringar MS á mismunandi verði á hrámjólk

MS mótmælir því að hafa brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með framangreindri verðlagningu og vísar m.a. til þess að hún sé ákvörðuð af verðlagsnefnd búvöru. Um sé að ræða annars vegar lágmarksverð til bænda sem miðað sé við í viðskiptum milli aðila í framleiðslusamstarfi við MS, þ.e. Mjólku II og KS. Hins vegar sé um að ræða verð á mjólk í lausu máli sem MS miði við í verðlagningu á hrámjólk til annarra vinnsluaðila. MS telji að framangreint framleiðslusamstarf og verðlagning sé innan heimilda 71. gr. búvörlaga. MS hefur í málinu einnig vísað til 3. mgr. 13. gr. búvörlaga. Í bréfi MS frá 7. janúar 2013 segir:

„Verðið sem tilgreint er í reikningi Mjólkursamsölunnar ehf. til Kú ehf. er verð á mjólk í lausu máli ákvarðað af verðlagsnefnd búvöru í samræmi við 8. gr. laga nr. 99/1993 um framleiðslu, verðlagningu og sölu á búvörum, að frádregnum afslætti vegna hagræðis sem felst í reglulegri afhendingu á magni.

Verðmunur á mjólk í lausu máli og lágmarksverði til bænda er hugsað þannig af hálfu verðlagsnefndar búvöru að verð á mjólk í lausu máli vegi upp innkaupsverð á hrámjólk og hins vegar kostnað félagsins sem safnar, frumvinnur og selur í heildsölu (kostnaður vegna móttöku, lyfja- og gæðaeftirlits, frumvinnslu og afhendingu auk eðlilegrar álagningar). Verðmunurinn (verð á mjólk í lausu máli og innkaupsverð á mjólk) vegur einnig á móti þeirri áhættu sem felst í skuldbindingum Auðhumlu svf./Mjólkursamsölunnar ehf. og Kaupfélags Skagfirðinga svf. að kaupa alla mjólk á félagssvæði sínu á lágmarksverði til bænda án tillits til þess hvort markaður er fyrir allt ákvarðað greiðslumark hvers árs.“

Samkeppniseftirlitið óskaði eftir afritum af reikningum MS til Mjólkurbúsins og Mjólku I og II á tímabilinu 1. janúar 2009 til 31. desember 2012. Var það gert í því skyni að bera saman verðlagningu MS til þessara aðila. Eftirfarandi einingaverð voru tekin saman af MS:



Tafla 1. Heildsöluverð á lítra af mjólk í lausu máli með 2,7% afslætti til Mjólkku I 2009 og síðan Mjólkurbúsins 2010-2012³⁷, fjárhæðir í krónum á lítra

Ár/ mánuðir	2009	2010	2011	2012
janúar- júlí	77,85			
ágúst-deseember	83,50			
janúar-deseember		83,50		
janúar			83,50	
febrúar-september			87,04	
október-deseember			90,74	
janúar-júní				90,74
júlí-deseember				95,06

Til samanburðar tók MS saman eftirfarandi heildsöluverð sem gilti í viðskiptum milli MS, KS og Mjólkku II, þ.e. miðlunarverð félaganna í samstarfi sem sjá má í töflu 2.

Tafla 2. Verð í viðskiptum milli MS, KS og Mjólkku II, fjárhæðir í krónum á lítra

Ár/ mánuðir	2009 ³⁸	2010	2011	2012
janúar-deseember		71,27		
janúar			71,27	
febrúar-september			74,52	
október-deseember			77,69	
janúar-júní				77,69
júlí-deseember				81,34

Einnig var óskað eftir upplýsingum um hvort sú mjólk sem MS afgreiddi til Mjólkurbúsins annars vegar og Mjólkku II hins vegar hafi verið sambærileg hvað gæði og vinnslustig varðar. Í svari MS kemur fram eftirfarandi:

„Fyrir liggur að sú mjólk sem vísað er til í þessum lið er sambærileg hvað vinnslustig og gæði varðar. Það er hins vegar mikilvægt að áréttta að hér er um að ræða tvenn ólík viðskipti. Annars vegar er um að ræða sölu á hráefni til óskylds aðila, í þessu tilviki Kú án frekari skuldbindinga. Verðið er ákvarðað af verðlagsnefnd búvöru og er fyrir mjólk í lausu máli. Frá því verði er gefinn tiltekinn afsláttur vegna hagræðis sem felst í reglulegri afhendingu og vegna þess hversu mikið magn er um að ræða. Hins vegar er um að ræða miðlun á mjólk á kostnaðargrunni milli fyrirtækja sem starfa saman í

³⁷ Til viðbótar kom 2,7% afsláttur 2011 og 2012, reiknaður eftir árið.

³⁸ Einingarverð fyrir árið 2009 fylgdi ekki með í samantekt MS en tekið fram að Mjólkka hafi ekki orðið hluti af framleiðsluskipulagi MS/KS fyrr en í ársbyrjun 2010. Gera má ráð fyrir að miðlunarverð milli KS og MS á árinu 2009 hafi verið það sama og árið 2010 eða 71,27 kr. enda var lágmarksverð til bænda óbreytt á milli ára sbr. töflu 3.



framleiðsluskipulagi og Samkeppniseftirlitið hefur bent á að skuli líta á sem einn og sama aðilann í viðskiptalegu tilliti sbr. umfjöllun hér að framan." (Undirstrikun MS)

Þann 15. mars 2013 bárust viðbótarupplýsingar frá MS um gæði og vinnslustig á þeirri mjólk sem félagið selur Mjólkurbúinu. Fram kemur að sú mjólk sem MS selur Mjólkurbúinu sé hrámjólk, þ.e. ógerilsneydd mjólk. MS sé heimilt að selja þeim vinnslustöðvum sem hafa heimild til vinnslu mjólkurafurða ógerilsneydda mjólk. Nánar kemur eftirfarandi fram um verðlagningu hennar:

„Verðlagsnefnd búvöru hefur ekki ákveðið sérstaklega verð á ógerilssneyddri mjólk í lausu máli. Það er aðeins eitt verð á mjólk í lausu máli. Nú getur verið að einhver telji að ógerilsneydd mjólk eigi að vera ódýrari en gerilsneydd mjólk, þar sem mjólkinn hefur ekki farið í gegnum gerilsneyðingarferli hjá MS. Málið er hins vegar ekki svo einfalt. Mjólk sem seld er ógerilsneydd er haldið aðskilinni frá annarri mjólk. Áður en afhending/dreifing til viðskiptavinar er framkvæmd bíður mjólkursöfnunarbíll í mjólkurstöð á meðan lyfjaeftirlit og gæðamælingar fara fram. Að fenginni niðurstöðu úr þeim mælingum, fer mjólkursöfnunarbíll með mjólk til viðkomandi viðskiptavinar. Sá sparnaður sem hugsanlega fæst af því að sleppa gerilsneyðingu mjólkurinnar jafnast út með því að dreifing vörunnar er umtalsvert dýrari en ef um hefðbundna dreifingu væri að ræða. Sú mjólk sem seld er gerilsneydd í lausu máli fer inn í hverfaskipta vörudreifingakeðju fyrirtækisins, en sú ógerilsneydda er send með sérhæfðum flutningatækjum sem annars eru eingöngu í verkefnum við mjólkursöfnun hjá mjólkurframleiðendum.“

Einnig bárust upplýsingar við fyrirspurn Samkeppniseftirlitsins um hvort Mjólkka II þyrfti að bera annan kostnað vegna afgreiðslu á mjólk frá MS sem innifalinn er í verði mjólkur til Mjólkurbúsins. Í svari MS kemur fram eftirfarandi:

„Fyrir liggur að Mjólkka ber ekki beint annan kostnað en fram kemur á reikningum sem lagðir eru fram í fylgiskjali 1. Mjólkka er hins vegar hluti af samstæðureikningi KS og lýtur stjórn þess félags. Fyrir liggur að KS og MS (Auðhumla svf.) starfa saman á grundvelli 71. gr. búvörulaga og miðla hráefni í samstarfinu á kostnaðargrunni innvígtaðrar mjólkur. Mjólkka heyrir undir þetta framleiðsluskipulag sem dótturfélag KS.“

Samkvæmt framansögðu liggur ljóst fyrir í málinu að Mjólkurbúið greiddi á rannsóknartímabili málsins talsvert hærra verð en Mjólkka II fyrir hrámjólk. Í upphafi staðhæfði MS að þetta verð til Mjólkurbúsins væri hið opinbera verð á mjólk í lausu máli sem ákvarðað væri af verðlagsnefnd búvöru (að frádregnum afslætti MS). Sú skýring tók hins vegar breytingum. Síðar upplýsti MS að verðlagsnefnd búvöru hafi ekki ákveðið verð á ógerilssneyddri mjólk í lausu máli. Er því óútskýrt misræmi í skýringum MS varðandi mikilvægan þátt málsins. Dregur það úr trúverðugleika sjónarmiða fyrirtækisins.



Þrátt fyrir framangreint misræmi telur MS eftir sem áður að þessi verðlagning sé eðlileg og í samræmi við ákvæði búvörulaga. Verður nú metið hvort unnt sé að fallast á það með MS.

2.2 Ákvæði búvörulaga og mismunun í verði gagnvart Mjólk II og Mjólkurbúinu
Mjólkurbúið staðhæfir að umrædd verðlagning MS á hrámjólk til félagsins sé ólögmæt þar sem hún mismuni viðskiptaaðilum, þ.e. Mjólkurbúinu annars vegar og Mjólk II hins vegar, með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum þannig að samkeppnisstaða Mjólkurbúsins sé veikt. Eins og fyrr segir réttlætir MS þetta mismunandi verð með vísan til 71. gr. búvörulaga og verðákvæðana verðlagsnefndar búvara. MS hefur einnig vísað til 3. mgr. 13. gr. búvörulaga.

Í málinu er óumdeilt að MS afhendir Mjólk II og öðrum tengdum fyrirtækjum hrámjólk á umtalsvert lægra verði en hún var seld til Mjólk I. Mjólkurbúið hefur einnig greitt hærra verð en fyrirtæki tengd MS. Eins og fjallað var um hér að framan tekur bannákvæði 11. gr. samkeppnislaga til MS. Verður því að taka til athugunar hvort unnt sé að fallast á það með MS að ákvæði búvörulaga heimili þessa mismunun í verði.

2.2.1 Aðeins skýr ákvæði búvörulaga geta vikið 11. gr. samkeppnislaga til hliðar

Í kafla II hér að framan var komist að þeirri niðurstöðu 11. gr. samkeppnislaga taki til þeirra afurðastöðva í mjólkuriðnaði sem eru í markaðsráðandi stöðu. Var rökstutt að ákvæði 3. mgr. 13. gr. og 71. gr. búvörulaga veiti markaðsráðandi fyrirtækjum í mjólkuriðnaði ekki almenna heimild til þess að misnota stöðu sína og fara þannig gegn 11. gr. samkeppnislaga. Hins vegar er ekki útilokað að ákvæði búvörulaga geti leitt til þess að tiltekna aðgerðir slíkra fyrirtækja, sem ella brytu gegn 11. gr. samkeppnislaga, teljist lögmætar. MS telur að það leiði af búvörulögum og verðákvörðunum á grundvelli laganna að sú verðhegðun fyrirtækisins sem málið tekur til sé lögmæt.

Samkeppniseftirlitið telur að aðeins sé unnt að fallast á þetta ef ákvæði búvörulaga fela í sér skýra heimild MS til handa. Þetta má skýrlega ráða af eftirfarandi:

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/1996 *Osta- og smjöröslun gegn samkeppnisráði* var staðan sú að samkeppnisráð hafði beint þeim fyrirmælum til Osta- og smjöröslunnar að bjóða magnafslátt á búvörum sem ekki voru verðlagðar á grundvelli búvörulaga. Í kærnu til áfrýjunarnefndar hélt fyrirtækið því fram að ákvæði búvörulaga gengju framar samkeppnislögum og benti á þetta:

„Með vísan til þess stakks sem búvörulög sníða afurðastöðvum, við framleiðslu og sölu, getur verðlagning mjólkurafurða ekki heyrt undir samkeppnislög þar sem gert er ráð fyrir frjálsri og óháðri samkeppni. Til þess eru opinber afskipti af framleiðslunni of mikil og frelsi þar með takmarkað.“

Áfrýjunarnefnd féllst ekki á þetta og staðfesti þá niðurstöðu samkeppnisráðs að unnt hafi verið að beita samkeppnislögum gagnvart framangreindum búvörum sem voru ekki verðlagðar á grundvelli búvörulaga.



Í álitserð sem vísað er til í frumvarpi sem varð að lögum nr. 85/2004 segir:

„... ber að gjalda varhug við því að að draga þá ályktun af lagaákvæðum sem undanskilja afmarkaða þætti í atvinnustarfsemi frá samkeppnislögum að aðrir þættir í sömu atvinnustarfsemi séu þá einnig undanskildir. Það er því mat undirritaðra að samkeppnislög gildi um búvörur nema, og að því marki sem ákvæði búvörulaga, eins og þau verða réttilega skýrð með vísan til lögskýringargagna og þess tilgangs sem þeim er ætlað að þjóna, hafa að geyma ákvæði er ekki fá samrýmst samkeppnislögum.“³⁹

Í frumvarpinu sjálfu segir:

„... samkeppnislög, nr. 8/1993, eru almenn lög. Þau gilda skv. 2. gr. um hvers konar atvinnustarfsemi, svo sem framleiðslu, verslun og þjónustu, án tillits til þess hvort hún er rekin af einstaklingum, félögum, opinberum aðilum eða öðrum. Ýmis sérlög gilda hins vegar um afmarkaðri þætti opinberrar stjórnýslu og atvinnurekstrar, svo sem búvörulög, nr. 99/1993. Það er almenn regla við lögskýringu að sérlög gangi framur almennum lögum sem samrýmst þeim ekki og því er eðlilegra að sérlög kveði á um undanþágur frá almennum lögum en að í almenn lög sé lögfest ákvæði um sérreglur um ákveðna atvinnustarfsemi umfram aðra. Lagaákvæði sem fela í sér frávik frá almennum reglum ber jafnan að túlka þröngt. Í þessu felst að fara ber varlega þegar lagður er sá skilningur í lagaákvæði að þau undanskilji tiltekna þætti í atvinnustarfsemi gildissviði samkeppnislaga og þar með íhlutunarvaldi samkeppnisyfirvalda. Því þarf með skýrum lagatexta að lögfesta vilja löggjafans til þess undanskilja [svo] ákveðna þætti landbúnaðarins gildissviði samkeppnislaga.“

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2006, *Osta- og smjörsalan sf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, reyndi á gildissvið samkeppnislaga í tengslum við undanrennuduft sem verðlagt var af verðlagsnefnd búvöru. Samkeppniseftirlitið hafði komist að þeirri niðurstöðu að Osta- og smjörsalan hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með því að mismuna viðskiptamönnum sínum með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum með undanrennuduft. Fyrir áfrýjunarnefnd hélt fyrirtækið því fram að Samkeppniseftirlitið skorti heimild til að fjalla um málið þar sem verð á undanrennudufti væri ákveðið af verðlagsnefnd búvara. Taldi fyrirtækið að ákvæði samkeppnislaga næðu ekki yfir sölu á undanrennudufti. Áfrýjunarnefnd staðfesti hins vegar ákvörðun Samkeppniseftirlitsins. Um samspil samkeppnislaga og búvörulaga sagði svo í niðurstöðu áfrýjunarnefndar:

„Ljóst er, að verðákvörðun þeirrar mjólkurafurðar, sem hér um ræðir (undanrennuduft), er alfarið í höndum opinberrar nefndar, verðlagsnefndar búvöru, svo sem nánar er mælt fyrir um í búvörulögum nr. 99/1993, sbr. einkum 7., 8. og 13. gr. þeirra laga. Ganga þau ákvæði framur ákvæðum

³⁹ Álitserð Árna Vilhjálmssonar hrl. og Eiríks Tómassonar prófessors um samkeppnisumhverfi í landbúnaði og stöðu búvöruframleiðslu gagnvart samkeppnislögum, dags. 30. apríl 2004, bls. 25.



samkeppnislaga, sem og önnur þau ákvæði búvörulaganna, er bera skýrlega með sér að þeim sé ekki ætlað að gilda á almennum samkeppnismarkaði. Þegar sérákvæðum af þessu tagi sleppir, svo sem varðandi verðákvörðun, falla viðskipti með búvörur undir svið samkeppnislaga, eins og skýrlega er sýnt fram á í hinni kærðu ákvörðun, og kemur þá til kasta samkeppnisyfirvalda, sem hafa þá lögsögu bæði um eftirlit og ákvarðanir á grundvelli samkeppnislaga."

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 7/2009, Bændasamtök Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu, segir:

„Telja verður, að á því sviði, sem hér um ræðir, beri að líta á samkeppnislögin sem meginlöggjöf hvað varðar viðskipti með búvöru eins og hverja aðra vöru, en nánar tiltekin ákvæði búvörulaga feli hins vegar í sér undantekningar frá þeim meginreglum, sem samkeppnislögin hafa að geyma. Ljóst er, að ekki verður vikið frá meginreglum samkeppnislaga nema samkvæmt þeim undantekningarheimildum, er þau lög hafa að geyma, sem og sérlög á tilteknum viðskiptasviðum, svo sem búvörulögin. Verða undantekningarákvæði af því tagi, að vera skýr og ótvíræð, verði þeim beitt til frávika frá grundvallarákvæðum samkeppnislaga, sem ætlað er að halda uppi virkri samkeppni á markaði neytendum til hagsbóta."

2.2.2 Staða viðkomandi fyrirtækja skv. búvörulögum

Við mat á því að hvaða leyti ákvæði búvörulaga taka til atvika þessa máls verður í upphafi að skilgreina stöðu viðkomandi fyrirtækja með hliðsjón af þeim lögum.

Samkvæmt 2. gr. búvörulaga telst framleiðandi hver sá, sem á eigin vegum hefur með búvöruframleiðslu að gera, hvort sem er einstaklingur, lögaðili, aðili að félagsbúi eða ríkisbúi. Samkvæmt sama ákvæði er afurðarstöð hver sú atvinnustarfsemi lögaðila eða einstaklings sem „tekur við búvörum úr höndum framleiðenda" til vinnslu, flokkunar, pökkunar, geymslu, heildsölu og/eða dreifingar.

Auðhumla er samvinnufélag í eigu um 700 mjólkurframleiðenda um land allt og hefur það hlutverk að taka við mjólk frá félagsmönnum sínum og umbreyta í mjólkurafurðir sem eru seldar á markaði á Íslandi og erlendis. Auðhumla er móðurfélag MS með um 90% eignarhlut í félaginu. MS er rekstrarfélag mjólkuriðnaðarins á Íslandi og er í eigu um 700 kúabænda um land allt. Samkvæmt heimasíðu MS er hlutverk félagsins að taka við mjólk frá eigendum sínum og umbreyta í mjólkurafurðir í takt við þarfir íslenskra neytenda. Fram kemur einnig að MS haldi úti öflugum dreifingarkerfi sem tryggi nánast öllum landsmönnum reglulegan aðgang að ferskum mjólkurvörum. KS, sem er samvinnufélag í blönduðum rekstri, á um 10% hlut í MS. Á heimasíðu KS segir að ein af helstu rekstrareiningum félagsins sé mjólkurafurðarstöð.

Af framansögðu leiðir að Auðhumla, MS og KS teljast vera afurðastöðvar í skilningi búvörulaga.



Með bréfi MS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 13. febrúar 2013, fylgdi afrit af samkomulagi Auðhumlu og Mjólku I, dags. 10. mars 2008, um söfnun mjólkur af hálfu Auðhumlu frá lögbýlum sem þá lögðu inn mjólk hjá Mjólku I. Á sama tíma var gerður samningur um sölu MS til Mjólku I á mjólk, undanrennu og rjóma í lausu máli og fylgdi afrit af þeim samningi einnig með framangreindu bréfi MS til Samkeppniseftirlitsins. Í þeim samningi var kveðið á um kaup MS á innvigtunar- og flutningstækjum Mjólku I til mjólkursöfnunar. Um var að ræða tvær vörubifreiðar með mjólkurtanki, tengikerru með tanki og innvigtunarbúnað.

Samkeppniseftirlitið sendi landbúnaðarráðuneytinu bréf, dags. 29. október 2009, þar sem gerð var grein fyrir athugun eftirlitsins á samruna fyrirtækjanna KS og Mjólku I (Mjólku/Eyjabú ehf.). Í bréfi Samkeppniseftirlitsins sagði að til athugunar væri hvort fyrirtækin gætu fallið utan gildissviðs samkeppnislaga með vísan til 71. gr. búvörulaga, sbr. 2. gr. sömu laga. Óskað var eftir því að ráðuneytið upplýsti hvort Mjólka I teldist afurðastöð í skilningi 2. gr. búvörulaga og félli þar með undir undanþáguákvæði 71. gr. búvörulaga. Svar ráðuneytisins til Samkeppniseftirlitsins barst með bréfi, dags. 5. nóvember 2009, hvar segir:

„Ráðuneytið hefur orðið áskynja um að frá því að fyrirtækið Mjólka hóf starfsemi hefur það annast alla þá starfsemi sem talin er í skilgreiningu búvörulaga á afurðastöð. Þannig hefur fyrirtækið tekið við búvörum úr höndum framleiðanda til vinnslu, flokkunar, pökkunar, geymslu, heildsölu og/eða dreifingar. Á öndverðu ári 2008 mun reyndar sú breyting hafa orðið á starfsemi fyrirtækisins að það hætti (svo) taka við mjólk beint frá framleiðanda og gerði samning við MS um kaup á svonefndri hrámjólk. Þá verður að benda á þau gögn sem fylgdu erindi Samkeppniseftirlitsins sem bera með sér að stöðin uppfyllir þau lagalegu skilyrði sem sett eru til reksturs á afurðastöð í mjólkuriðnaði, sbr. bréf Matvælastofnunar til Mjólku dags. 15. september sl. og starfsleyfi Eyjabús ehf. (þ.e. Mjólku) dags. 3. september sl. frá Heilbrigðisnefnd Hafnarfjarðar og Kópavogssvæðis. Mjólka býr þannig yfir vélum og tækjum sem nauðsynleg eru til að reka afurðastöð. Enn má nefna að upplýst var á greindum fundi í ráðuneyti 4. nóvember sl. að Mjólka hefur nú hafið móttöku á mjólk frá búinu að Eyjum í Kjós. Í því skyni hefur fyrirtækið m.a. tekið mjólkurbifreið á leigu.

Með hliðsjón af erindi Samkeppniseftirlitsins og þeim upplýsingum sem ráðuneytið býr yfir um starfsemi Mjólku telur ráðuneytið rétt, samkvæmt framangreindu, að staðhæfa það sem hér fer á eftir:

Fyrirtækið Mjólka er afurðastöð í skilningi 71. gr. búvörulaga. Áformaður samruni þess við Kaupfélag Skagfirðinga fellur því utan gildissviðs samkeppnislaga."

Þrátt fyrir að Mjólka I hefði á árinu 2008 selt innvigtunarbúnað sinn og bifreiðar til mjólkurflutninga til MS og gert samkomulag við Auðhumlu um að annast mjólkursöfnun fyrir sína hönd var Mjólka I talin afurðastöð í skilningi 2. gr. og 71. gr. búvörulaga. Sama



staða er uppi hjá Mjólku II í dag en félagið fær nú senda mjólk frá MS en ekki beint frá framleiðendum. Miðað við framangreint mat ráðuneytisins verður því að telja að Mjólka II teljist vera afurðastöð í skilningi búvörulaga. Í samræmi við það skilgreinir Matvælastofnun Mjólku II sem afurðastöð samkvæmt yfirliti sem fylgdi bréfi MS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 2. maí 2014, þrátt fyrir að félagið hafi ekki tekið við mjólk beint frá framleiðanda eins og lögin kveða á um varðandi skilgreiningu á afurðastöð.

Mjólkurbúið hefur keypt mjólk beint frá framleiðanda og er þar af leiðandi afurðastöð í skilningi búvörulaga enda kemur það réttilega fram á framangreindu yfirliti frá Matvælastofnun.

2.2.3 Verðákvæðanir verðlagsnefndar búvara o.fl.

Við mat á því hvort aðgerðir MS teljist lögmætir skiptir talsverðu máli hvort verðlagsnefnd búvara hafi ákveðið verð á þeirri hrá mjólk sem MS seldi m.a. Mjólkurbúinu og Mjólku II. Er því rétt að gera grein fyrir ákvæðum búvörulaga að þessu leyti.

Í IV. kafla búvörulaga er fjallað um verðskráningu á búvörum. Í 1. mgr. 7. gr. laganna segir að verðlagsnefnd búvara, skipuð sex mönnum, ákveði afurðaverð til búvöruframleiðenda og verð búvara í heildsölu. Nefndina skipa sex aðilar, tveir fulltrúar samtaka launþega, tveir fulltrúar framleiðenda þar sem annar starfar aðeins með nefndinni þegar hún fjallar um verðlagningu til framleiðenda, tveir fulltrúar afurðastöðva þar sem annar starfar aðeins með nefndinni þegar hún fjallar um verð til afurðastöðva og loks einn fulltrúi sem tilnefndur er af landbúnaðarráðherra.

Í 1. mgr. 8. gr. laganna segir að verðlagsnefnd búvara ákveði við upphaf hvers verðlagsárs lágmarksverð fyrir mjólk til framleiðenda sem miðast við 1. flokks mjólk með skilgreindu efnainnihaldi. Hverri afurðastöð er hins vegar skv. ákvæðinu heimilt að greiða framleiðendum hærra verð en lágmarksverð. Segir að ákvörðun um „*lágmarksverð mjólkur skal byggjast á gerð verðlagsgrundvallar fyrir bú af hagkvæmri stærð, með framleiðsluáðstöðu þar sem tekið er mið af opinberum heilbrigðis- og aðbúnaðarkröfum og hagkvæmum framleiðsluháttum. Áætlað vinnuframlag skili endurgjaldi hliðstæðu og gerist hjá starfsstéttum sem bera sambærilega ábyrgð á rekstri og mæta hliðstæðum kröfum um viðveru og færni.*“

Í 1. mgr. 13. gr. laganna segir:

„Verðlagsnefnd ákveður heildsöluverð búvara sem verðlagðar eru skv. 8. gr., að teknu tilliti til afurðaverðs til framleiðenda og rökstuddra upplýsinga um kostnað við vinnslu og dreifingu búvara, nema annað sé tekið fram í samningi sem gerður er á grundvelli a-liðar 30. gr. laganna. Verði samið um að falla frá ákvörðun um lágmarksverð á mjólk til framleiðenda samkvæmt heimild í 1. mgr. 8. gr. hefur slík ákvörðun ekki áhrif á heimild verðlagsnefndar til heildsöluverðlagningar á mjólkurafurðum.“

Í samningi landbúnaðarráðherra og fjármálaráðherra, fyrir hönd ríkisstjórnar Íslands og Bændasamtaka Íslands um starfsskilyrði mjólkurframleiðslu, sem tók gildi þann 1.



september 2005, er fjallað um verðlagningu mjólkurvara.⁴⁰ Í 7. gr. samningsins segir að aðilar séu sammála um að verðlagning mjólkur verði með sama hætti og segir í núgildandi búvörulögum, nema um annað verði samið á samningstímanum. Til þessa hefur svo ekki verið gert.

Samkvæmt framansögðu er ljóst að verðlagsnefnd búvara ákveður lágmarksverð á mjólk til framleiðenda (mjólkurbænda) annars vegar og heilðsöluverð mjólkurafurða hins vegar. Verðlagning í heilðsölu nær til nýmjólkur, rjóma, undanrennu, skyr, smjörs, tiltekinna osta, undanrennudufts, og nýmjólkurdufts. Eftir að ákvörðun hefur verið tekin um þessa verðlagningu á mjólk og mjólkurvörum er hið opinbera verð birt í Lögbirtingarblaðinu. Samkvæmt 17. gr. búvörulaga annast Bændasamtök Íslands verðskráningu þeirra búvara sem tekin er verðákvörðun um samkvæmt IV. kafla laganna og auglýsir verðákvæðanir og viðmiðunarverð sem ákveðið er samkvæmt þeim kafla.

Samkvæmt þessum auglýsingum er ákveðið sérstakt heilðsöluverð á „mjólk í lausu máli.“ Aðrir verðflokkar taka til mjólkur í pökkum, fernum eða kössum. Í dæmaskyni má nefna að í nóvember 2008 var lágmarksverð til bænda 71,13 kr. pr. ltr. Heilðsöluverð á lítra af mjólk í lausu máli var 79,72 kr. og heilðsöluverð á lítra af mjólk í fernum var 91,47 kr. Eins og fyrr sagði miðlar MS hrámmjólk til Mjólk II og annarra tengdra fyrirtækja á verði sem ætlað er að vera lágmarksverð til bænda. Verðlagning á hrámmjólk til Mjólkurbúsins (og áður Mjólk I) miðast hins vegar við heilðsöluverð á mjólk í lausu máli.

Samkeppniseftirlitið sneri sér til verðlagsnefndar búvara og óskaði eftir skýringum á tilteknum atriðum sem tengjast verðlagningu nefndarinnar á mjólk. Í bréfi nefndarinnar til eftirlitsins, dags. 10. desember 2013, er gerð grein fyrir hlutverki hennar. Þar kemur fram að hún ákveði heilðsöluverð á bæði pakkaðri mjólk og ópakkaðri mjólk í lausu máli. Segir að nefndin hafi á ákveðnu árabili tekið „ákvæðanir um verðlagningu mjólkur sem miðuðu að því að halda niðri verði á neyslumjólk með þeim aðgerðum sem nefndin hafði heimildir til, en þar sé fyrst og fremst átt við beitingu á verðtilfærslum milli vörutegunda. Á undangengnum árum hefur verð á ópakkaðri mjólk í lausu máli fylgt verðákvörðunum á pakkaðri drykkjarmjólk (nýmjólk), og hefur þar með tekið minni hækkunum en meðalhækkun annarra mjólkurvara á hverjum tíma sem verðlagsnefnd ákvarðar verð á.“

Samkeppniseftirlitið óskaði einnig eftir að verðlagsnefndin veitti upplýsingar um heilðsöluverðflokkinn „mjólk í lausu máli“. Í bréfi nefndarinnar frá desember 2013 segir:

„Skilgreining á mjólk í lausu máli

Með mjólk í lausu máli, samkvæmt opinberri verðskrá mjólkurvara og auglýst í Lögbirtingarblaðinu hverju sinni, er átt við gerilsneydda en ópakkaða mjólk. Sú mjólk fær sömu vinnslumeðferð og meðhöndlun í eftirlits- og gæðakerfum og pökkuð nýmjólk að undanskilinni sjálfri pökkuninni í fernur.

⁴⁰ Gilti til 31. ágúst 2012 en var framlengdur til 31. desember 2016 með breytingu atvinnuvega- og nýsköpunarráðherra og fjármála- og efnahagsráðherra f.h. ríkisstjórnar Íslands og Bændasamtaka Íslands þann 28. september 2012.



Dreifing ópakkaðrar mjólkur fer í flestum tilvikum fram í sérstökum umbúðum þ.e. 500-1.500 lítra tönkum. ...

Vinnslustig mjólkur í lausu máli er hið sama og á pakkaðri mjólk sé um gerilsneydda mjólk að ræða eins og greinir hér að framan. Kaupendur eru aðallega úrvinnsluaðilar og kaupa mjólk í lausu máli til framhaldsvinnslu. Afurðastöðvar selja einnig ógerilsneydda mjólk, en þó einungis til þeirra sem hafa útgefið leyfi frá Matvælastofnun (MAST) til að taka á móti ógerilsneyddri mjólk. Kaupendur ógerilsneyddrar mjólkur þurfa að uppfylla tiltekin skilyrði til að geta stundað mjólkur- og/eða aðra matvælavinnslu.

Það sem skilur á milli í kostnaði á gerilsneyddri og ógerilsneyddri mjólk, felst í upphituninni sem ekki er framkvæmd á ógerilsneyddri mjólk. Hins vegar er umsýslu- og dreifingarkostnaður kostnaðarsamari þar sem halda verður vörinni að fullu aðskilinni í umsýslu og dreifingu sem er framkvæmd í sérhæfðum tækjum sem eru töluvert dýrari (tankbíl)."

Í bréfi MS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 7. janúar 2013, segir að verðið sem „*tilgreint er í reikningi Mjólkursamsölunnar ehf. til [Mjólkurbúsins] er verð á mjólk í lausu máli ákvarðað af verðlagsnefnd búvöru í samræmi við 8. gr. laga nr. 99/1993 um framleiðslu, verðlagningu og sölu á búvörum, að frádregnum afslætti vegna hagræðis sem felst í reglulegri afhendingu á magni.*" Í tölvupósti MS til Samkeppniseftirlitsins þann 15. mars 2013 kom hins vegar fram að verðlagsnefnd búvöru hafi ekki ákveðið verð á þeirri hrámjólk sem fyrirtækið selji Mjólkurbúinu (þ.e. ógerilsneyddri mjólk).

Samkeppniseftirlitið bendir hér einnig á að sala á gerilsneyddri mjólk í lausu máli á sér skírskotun til þess tíma þegar mjólk var seld í lausu máli til neytenda.⁴¹ Verðmunur á henni og annarri mjólk sem seld var í neytendaumbúðum fólst í umbúðakostnaði. Ingólfur Jónsson þáverandi landbúnaðarráðherra sagði á Alþingi eftirfarandi um mjólk í lausu máli:

„Þá er það verð mjólkur. Hér að framan er miðað við mjólk í lausu máli, þótt meiri hluti neytlumjólkur í Reykjavík sé seldur í hyrnum eða flöskum. Ástæðurnar eru þær, að sérstöku gjaldi er ætlað að bera uppi kostnaðinn við hyrnurnar og flöskurnar.“⁴²

Í bréfi verðlagsnefndar búvöru til Samkeppniseftirlitsins er kostnaður sundurliðaður eftir því hvort um er að ræða mjólk í lausu máli eða pakkaða nýmjólk. Helsti munurinn á kostnaðinum er að mjólk í lausu máli ber að sögn engan kostnað vegna „*umbúða- og vörunotkunar.*"

⁴¹ Lýsing á þessari framkvæmd kemur t.d. fram í grein sem birt var í Degi 25. nóvember 1953. Er þar gerð grein fyrir óánægju neytenda á Akureyri með að mjólk sé seld í lausu máli og þess krafist að hún verði seld í flöskum. Haft er eftir mjólkursamlagsstjóra: „*Samlagsstjóri mun hafa bent á, að sé mjólkinn álitin betri í flöskum en í lausu máli, sem lítill vafi er á, þá eiga allir neytendur að njóta þessara umbúða. Hin ógeðfella útmæling á mjólkinni úr hálfopnu ílát í annað opið ílát, sem neytendur koma með, verður að hverfa úr mjólkurbúðunum ...*" Í frétt sem birtist í DV 14. september 1985 er það sagt undarlegt að MS gefi upp verð á mjólk í lausu máli þegar neytendur geti ekki keypt mjólk í slíku formi í verslunum.

⁴² Sjá: <http://www.althingi.is/altext/gomulraeda.php4?rnr=1354<hing=86&dalkur=2098>



Samkvæmt framansögðu er eftirfarandi ljóst í málinu:

- MS, KS, Mjólka (I og II) og Mjólkurbúið eru afurðastöðvar í skilningi búvörlaga
- Í ákvörðun verðlagsnefndar skv. 1. mgr. 8. gr. búvörlaga felst að ákveðið er lágmarksverð sem greiða ber mjólkurbændum (framleiðendum). Á það verð að tryggja að þeir bændur fái að lágmarki samskonar endurgjald fyrir sína vinnu og sambærilegar starfstéttir njóta. Hvergi kemur fram í lögum eða lögskýringargögnum að þessi verðlagning taki til heildsöluviðskipta á milli afurðastöðva í mjólkuriðnaði eða deilda innan slíkra afurðastöðva.
- Verðflokkurinn „mjólk í lausu máli“ tók ekki til þeirrar hrámmjólkur sem MS seldi Mjólkurbúinu og Mjólku I. Þannig liggur það fyrir að verðlagsnefndin ákvarðar ekki heildsöluverð á ógerilsneyddri hrámmjólk til afurðastöðva. Verð á þeirri hrámmjólk sem MS seldi annars vegar tengdum fyrirtækjum og hins vegar ótengdum var því ekki ákveðið á grundvelli sérákvæða búvörlaga.

Fundargerðir verðlagsnefndar búvara varpa frekara ljósi á þessi atriði.

2.2.3 Fundargerðir verðlagsnefndar búvara

Samkeppniseftirlitið hefur aflað fundargerða verðlagsnefndar búvara. Á fundi (231. fundur) 16. júní 2009 var staða vinnslu- og dreifingarkostnaðar og verðlagningar rædd. Í fundargerðinni kemur fram eftirfarandi:

„Pálmi lagði fram „Gjaldaliðir hjá mjólkursamlögum“ og „Yfirlit yfir breytingu kostnaðarliða vinnslu- og dreifingarkostnaðar mjólkur sept. 2008 til maí/júní 2009“, fór yfir og útskýrði. Einnig sýndi Pálmi hver þróun á neyklusamsetningu mjólkurvara hefur verið að undanfögnu, þ.e. neysla í ltr. er sú sama í grunnvöru, en neysla á unninni mjólkurvöru hefur hins vegar dregist umtalsvert saman. Rætt var um stöðu verðlagningar, mismunandi framlegð á vörum, úrskurð samkeppnisstofnunar og hlutverk og skyldur nefndarinnar. Ákveðið var að skipa vinnuhóp til þess að kortleggja þann vanda sem við er að fást í vinnslunni og freista þess að koma með tillögur fyrir næsta fund.“⁴³

Sá Pálmi sem vitnað er til í framangreindri fundargerð er framkvæmdastjóri framleiðslusviðs MS og stjórnarmaður SAM en MS hefur fulltrúa í verðlagsnefnd búvara þegar fjallað er um afurðastöðvar á meðan keppinautar félagsins koma þar hvergi nærri. Það telur Samkeppniseftirlitið út af fyrir sig vera óheppilegt og ekki til þess fallið að gæta jafnræðis milli keppinauta á markaði.

Á næsta fundi verðlagsnefndar búvara þann 7. júlí 2009 (232. fundur) var áfram umræða um stöðu vinnslu- og dreifingarkostnaðar en þar kemur eftirfarandi fram í fundargerð nefndarinnar:

⁴³ Finna má fundargerðir Verðlagsnefndar búvara á heimasíðu atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytisins. Sjá hér: <http://www.atvinnuvegaraduneyti.is/verkefni/malaflokkar/landbunadur/verlagsnefnd-buvara/>



„Rætt var ítarlega um stöðu vinnslu- og dreifingarkostnaðar en þar kom fram að samkvæmt módeli er hækkunarþörf iðnaðarins 7,68%. Í þeirri tölu hafði ekki verið gert ráð fyrir auknum greiðslum í atvinnutryggingarsjóð launa úr 5,34% í 7% né kjarahækkun 1. júlí. Þá var rætt um verðtilfærslu sem skekki verðmyndun á markaði, t.d. er hægt að kaupa mjólk á undirverði og framleiða dýrari vöru. Fulltrúar iðnaðarins töldu að best væri að varan sé seld sem næst raunverði. Fulltrúar neytenda töldu að ekki væri nauðsynlegt að vara sé seld á raunverði og benda á að verðtilfærslu hafi verið komið á m.a. í þeim tilgangi að hægt væri að framleiða viðkvæmar vörur og halda uppi framleiðslu í samkeppni við innfluttar vörur.

Þá tók nefndin sameiginlega ákvörðun um að heildsöluverð á mjólk og mjólkurafurðum, sem nefndin verðleggur, taki breytingum 1. ágúst n.k. Verð mjólkurvara mun taka mismiklum breytingum en hækkar að meðaltali um 3,47%. Heildsöluverð nýmjólkur mun hækka um rúmar 8 kr. á lítra eða 9%. Minni verðhækkun verður á léttmjólk eða um 4,6%. Heildsöluverð á rjóma lækkar um 0,7%. Heildsöluverð á mjólkurdufti hækka (svo) um 13,5%.

Ástæður þessara verðhækkana eru einkum tilkomnar vegna verðhækkana á aðföngum og öðrum rekstrarkostnaði í mjólkuriðnaði. Verð til bænda hækkar ekki. (Undirstrikun Samkeppniseftirlitsins)

Eins og fyrr sagði hafa MS og tengd fyrirtæki kosið að miða við lágmarksverð til bænda þegar þau miðla mjólk sín á milli. Verðið til keppinauta miðast hins vegar við heildsöluverð verðlagsnefndar á mjólk í lausu máli. Af þessu leiðir að öll framangreind verðhækkun sem ákveðin var á 232. fundi verðlagsnefndar lenti á keppinauti MS en verð á hrámjólk til Mjólkú I hækkaði úr 79,72 kr. á lítra í 85,82 kr. eða um 7,6%. Á sama tíma hækkaði verð til vinnslu MS og KS ekki þar sem lágmarksverð til bænda stóð í stað.

Á fundi verðlagsnefndar búvara þann 7. desember 2009 (233. fundur) var lagt fram erindi frá Mjólkú I en í fundargerð nefndarinnar segir:

„Formaðurinn lagði fram erindi frá Mjólkú, dags. 10. október 2009, þar sem mótmælt er hækkun á mjólk í lausu máli og óskað skýringa. Ákveðið var að fela Pálma að taka saman yfirlit um breytingar á verðlagningu síðustu ár, m.t.t. vinnslu- og dreifingarkostnaðar. Fram kom hjá fulltrúum bænda að eðlilegast væri að verð á mjólk í lausu máli endurspegli verð til framleiðenda.” (Undirstrikun Samkeppniseftirlitsins)

Það vekur athygli að verðlagsnefnd lætur það í hendur starfsmanns keppinautar Mjólkú I, þ.e. framkvæmdastjóra hjá MS, að vinna að útskýringu vegna erindis Mjólkú I, á verðhækkun nefndarinnar á mjólk í lausu máli sem bitnaði á Mjólkú, einni afurðastöðva. Það var sú verðákvörðun nefndarinnar sem MS notaði til að verðleggja hrámjólk til Mjólkú I og varð til þess að þrengja enn frekar að rekstrargrundvelli félagsins í samkeppni við MS og KS, sbr. nánari umfjöllun síðar.



Á fundi verðlagsnefndar búvara þann 7. janúar 2010 (234. fundur) kemur fram í fundargerð eftirfarandi í tengslum við yfirlit um breytingar á verðlagningu síðustu ár.

„Pálmi lagði fram vinnugögn og skýrði, „Yfirlit verðlagningar 1997-2009“ og „Verðbreytingar á mjólk og mjólkurvörum 1997-2009.“ Við umræðu kom fram að við næstu verðbreytingu verði að koma skýrar fram í hverju munurinn á verði til framleiðenda liggja annars vegar og verð á mjólk í lausu máli hins vegar, þ.e. hrávöru til annarra aðila en þeirra sem vinna hana.“

Undir önnur mál á sama fundi verðlagsnefndar kom fram eftirfarandi í tengslum við greiðslu á flutningskostnaði á mjólk að afurðastöð (samlagi):

„Fram kom að flutningur á mjólk að samlagi hefði hækkað í kr. 2,50 þann 1. janúar sl. Þá var rætt um það hvort að flutningur á mjólk ætti að vera áfram í verðlagsgrundvelli kúabús eða tilheyra vinnslu- og dreifingarkostnaði.“

Verðlagsnefnd búvara metur flutningskostnað MS á mjólk frá bændum að afurðastöð fyrirtækisins og er sá kostnaður dreginn frá lágmarksverði bænda þegar MS greiðir fyrir mjólkina.

Framangreind umfjöllun leiðir í ljós að verðlagsnefnd búvara hefur ekki ákveðið heildsöluverð á ógerilsneyddri hrámjólk til afurðastöðva á rannsóknartímabili þessa máls. Eftir að andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins var birt í þessu máli fjallaði hins vegar verðlagsnefnd búvara um þetta málefni á nefndarfundi nr. 260 þann 17. febrúar 2014. Þar kom eftirfarandi fram í fundargerð undir 4. tl.:

„Verð á ógerilsneyddri mjólk í lausu máli. Gestur fundarins Einar Hafliði Einarsson, löggiltur endurskoðandi Deloitte.

Formaður bauð Einar Hafliða velkominn. Á síðasta fundi var ákveðið að fá hann til að fara yfir málið og koma með rökstudda tillögur um verð á ógerilsneyddri mjólk í lausu máli. Einar lagði fram minnisblað og tillögur og gerði grein fyrir útreikningum sínum. Hann setti fram tvær tölur um kostnaðarsundurgreiningu á mjólkinni. Miklar umræður voru um tillögurnar og verð til annara fyrirtækja sem framleiða mjólkurvörur þar sem MS hefur yfirburða stöðu á mjólkurmarkaði. Ákveðið var að fresta ákvörðun til næsta fundar þannig að nefndarmönnum gæfist ráðrúm til að yfirfara tillögu endurskoðandans.“

Á næsta fundi verðlagsnefndar búvöru nr. 261 þann 12. mars 2014 var í fyrsta sinn ákveðið af nefndinni heildsöluverð fyrir ógerilsneydda mjólk í lausu máli en þar segir í fundargerð undir 2. tl. eftirfarandi:

„Verðlagning ógerilsneyddrar mjólkur til vinnslu.

Lögð var fram tillaga um verðlagningu á ógerilsneyddri mjólk í lausu máli til vinnslu, sem byggist á útreikningum Einars Hafliða Einarssonar, löggilts endurskoðanda Deloitte, frá síðasta fundi. Tillaga er um að heildsöluverð á



*ógerilsneyddri mjólk í lausu máli verði 91,40 kr. per líter. Í tillöggunni er gert ráð fyrir að kostnaðarhlutdeild eins og hún er reiknuð í núverandi verðlagningarkerfi. Þar er tekið tillit til þeirra kostnaðarliða sem falla til en þeir liðir eru; mjólkurhráfni 82,92 kr./ltr., hlutdeild í launakostnaði 3,03 kr./ltr., flutningi og dreifingu 1,10 kr./ltr. Einnig hlutdeild í öðrum kostnaði eins og rannsóknnum og eftirliti, orkukostnaði, skrifstofu- og bókhaldskostnaði og 5% hlutdeild í föstum kostnaði, samtals 4,35 kr./ltr., eða samanlagt **91,40 kr./ltr.** (82,92+3,03+1,10+4,35) fyrir ógerilsneydda mjólk í lausu máli. Tillagan var samþykkt samhljóða og tekur verðlagningin gildi 1. apríl n.k. Frá sama tíma mun því verð á mjólk í lausu máli í verðskrá, eingöngu gilda fyrir gerilsneydda mjólk."*

Á sama tíma var heildsöluverð á gerilsneyddri mjólk í lausu máli 101 kr./ltr. samkvæmt auglýsingu nefndarinnar um heildsöluverð á mjólk og mjólkurafurðum þann 1. október 2013. Af framangreindu má sjá að gerilsneydd mjólk í lausu máli hafi verið ákvörðuð 10,5% dýrari en ógerilsneydd mjólk í lausu máli af verðlagsnefnd búvöru.

Þetta staðfestir að á rannsóknartímabili þessa máls var verð MS á hrámjólk til annars vegar tendgra afurðastöðva og hins vegar ótengdra ekki ákveðið af verðlagsnefnd búvara.

2.3 Niðurstaða

Samkvæmt framansögðu er upplýst að á rannsóknartímabili þessa máls ákvað verðlagsnefnd búvöru ekki heildsöluverð á hrámjólk til afurðarstöðva í mjólkuriðnaði. Auk þess er ákvörðun verðlagsnefndar um lágmarksverð á mjólk til bænda ekki ákvörðun um verðlagningu á hrámjólk sem miðlað er milli afurðastöðva í samstarfi. MS getur því ekki byggt á því að verðlagsnefnd búvöru beri ábyrgð á verðlagningu félagsins á hrámjólk milli tengdra aðila í framleiðslusamstarfi annars vegar og til keppinauta í vinnslu mjólkurafurða hins vegar. Skal þetta rökstutt nánar.

Samkvæmt 1. mgr. 8. gr. búvörulaga hefur verðlagsnefnd búvöru það hlutverk að ákveða lágmarksverð sem greiða ber framleiðendum fyrir þá mjólk sem þeir framleiða. MS, KS og Mjólka eru ekki framleiðendur í skilningi búvörulaga. Hvergi kemur fram í lögum eða lögskýringagögnum að þessi verðlagning verðlagsnefndar taki til heildsöluviðskipta eða miðlunar milli afurðastöðva í mjólkuriðnaði eða deilda innan slíkra afurðastöðva. Þetta hefur þá þýðingu að lögum að MS getur ekki réttlætt þá verðlagningu á hrámjólk sem gilt hefur t.d. gagnvart Mjólku II með vísan til þess að það verð sé ákveðið af verðlagsnefnd búvöru. Gagnvart 11. gr. samkeppnislaga ber MS alfarið sjálf ábyrgð á verði og viðskiptakjörum gagnvart m.a. Mjólku II og Mjólkurbúinu.

Ólíkt því sem MS staðhæfði í upphafi liggur fyrir að verðlagsnefnd ákvað ekki heildsöluverð á ógerilsneyddri mjólk í lausu máli þegar atvik málsins áttu sér stað. Þegar af þeirri ástæðu getur MS ekki réttlætt þá verðlagningu á hrámjólk sem gilt hefur gagnvart Mjólkurbúinu með vísan til þess að það verð sé ákveðið af verðlagsnefnd búvöru. Gagnvart 11. gr. samkeppnislaga ber MS alfarið sjálf ábyrgð á verði og viðskiptakjörum gagnvart Mjólkurbúinu og þar á undan Mjólku I. Samhengisins vegna er rétt að taka fram að gögn málsins sýna fram á að heildsöluverð verðlagsnefndar á gerilsneyddri mjólk í



lausu máli sé ekki ætlað fyrir vinnsluaðila mjólkurvara (líkt og Mjólkurbúið er og áður Mjólka I) heldur sé um að ræða verðlagningu fyrir unnar mjólkurafurðir sem seldar eru t.d. til stærri vinnustöðva, til íblöndunar annarra vara og til mótuneyta. Ákvörðun verðlagsnefndar frá 12. mars 2014 staðfestir þetta.

Af framansögðu leiðir að á rannsóknartímabili málsins var ekki tekin verðákvörðun skv. búvörulögum sem gildi þegar MS seldi Mjólk I og Mjólkurbúinu hrámjólk. Áréttu ber að þetta hefur í för með sér að verðlagning skv. 8. og 13. gr. búvörulaga leyfir MS ekki neinar aðgerðir sem tengjast sölu á hrámjólk sem ella væru óheimilar skv. 11. gr. samkeppnislaga.

MS hefur einnig vísað til 71. gr. búvörulaga en í því ákvæði 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.“

Í frumvarpi sem varð að lögum nr. 85/2004, sem breyttu búvörulögum, er þetta ákvæði skýrt svo:

„Í 71. gr. búvörulaga er kveðið á um heimild til handa afurðastöðvum í mjólkuriðnaði að gera samkomulag um verkaskiptingu um framleiðslu einstakra mjólkurvara. Samkomulagið öðlast þó ekki gildi fyrr en landbúnaðarráðherra hefur staðfest það. Í frumvarpi til breytinga á búvörulögum (þskj. 466, 299. mál 116. löggjafarþings 1992–93) segir um samsvarandi ákvæði að í ljósi þess að vænta megi erlendra samkeppni við mjólkuriðnaðinn þyki eðlilegt að afurðastöðvarnar hafi áfram möguleika á að starfa saman, ef þær svo kjósa, til að styrkja samkeppnisstöðu sína. Var heimild til samkomulags um verðtilfærslu jafnframt bundin við slíka verkaskiptingu.“

Í 1. kafla áðurgreinds samkomulags milli SAM og Bændasamtaka Íslands, sem staðfest er af landbúnaðarráðherra, er fjallað m.a. um áætlanir fyrir innanlandsmarkað og birgðastjórnun. Í 2. gr. kemur fram að samningsaðilar skuli gera áætlun um sölu mjólkurvara á innlendum markaði fyrir viðkomandi verðlagsár. Áætlunin skuli gerð fyrir allar afurðastöðvar á landinu og sýna tegundir mjólkurvara, framleiðslu, sölu og líklegar birgðir í lok verðlagsársins. Við gerð áætlunarinnar skuli m.a. hafa hliðsjón af þörf markaðarins fyrir einstakar vörutegundir. Í 3. gr. samningsins kemur fram að birgðir mjólkurvara skulu á hverjum tíma vera sem næst þörf innanlandsmarkaðar. Síðan segir að SAM annist eftirlit með heildarbirgðum mjólkurvara sem og samsetningu þeirra og að samtökin skuli grípa til nauðsynlegra ráðstafana í framleiðslustjórnun hjá afurðastöðvum til að sjá um að birgðahald falli að þörfum innanlandsmarkaðar.



Með breytingunum er verið að styrkja framangreindan grundvöll til hagræðingar og tryggja eðlilega að sú hagræðing njóti enn um sinn undanþágu frá gildissviði samkeppnislaga ef það er gert í þeim tilgangi að halda niðri kostnaði við framleiðslu, geymslu og dreifingu mjólkurafurða. Í breytingunni felst einnig að afurðastöðvarnar þurfa 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."

Ákvæði 71. gr. búvörulaga veitir ekki skv. orðalagi sínu heimild fyrir því að ein afurðarstöð beiti aðra verðmismunun. Þvert á móti miða núgildandi búvörulög við að afurðastöðvar beri aukna ábyrgð á verðlagningu sinni. Á það eðli málsins samkvæmt ekki síst við um verðlagningu sem fellur lögum samkvæmt ekki undir verðákvæðanir verðlagsnefndar búvara. Hluti af þeirri ábyrgð er að MS tryggi að öll verðhegðun fyrirtækisins sé í samræmi við skyldur 11. gr. samkeppnislaga. Slík skylda MS er sérstaklega brýn í ljósi gríðarlegra yfirburða fyrirtækisins á markaði og þess skjóls frá samkeppni sem löggjafinn hefur veitt fyrirtækinu með því að undanskilja það frá mikilvægum ákvæðum samkeppnislaga.

Sú verkaskipting sem er á milli MS, KS og Mjólk II í framleiðslu einstakra mjólkurafurða virðist falla undir 71. gr. búvörulaga. Þrátt fyrir að afurðastöðvar megi eiga í samstarfi sem þessu í þeim tilgangi að lágmarka kostnað þá veitir það ákvæði ekki heimild til þess að grípa til aðgerða sem fara gegn 11. gr. samkeppnislaga, eins og t.d. að mismuna smærri keppinautum á markaði.

Í 3. mgr. 13. gr. búvörulaga segir að þrátt „fyrir ákvæði samkeppnislaga er afurðastöðvum í mjólkuriðnaði heimilt að gera samninga sín á milli um verðtilfærslu milli tiltekinna afurða. Leggja skal slíka samninga fyrir verðlagsnefnd til upplýsingar.“ Í verðtilfærslu skv. ákvæðinu felst að tekjur af sölu á mjólkurvörum með háa framlegð eru notaðar til þess greiða niður vörur með lága framlegð. Ekki fæst séð hvernig þetta ákvæði tengist atvikum þessa máls.

Eins og fjallað verður um hér á eftir geta sjónarmið þau sem MS hefur sett fram ekki breytt framangreindu mati Samkeppniseftirlitsins. Er því niðurstaðan um þennan þátt málsins að ákvæði búvörulaga hafi ekki veitt MS heimild til þeirra aðgerða sem hér eru til umfjöllunar.

2.3.1 Nánar um sjónarmið MS

Í umsögn MS um andmælasgjaf Samkeppniseftirlitsins gerir félagið greinarmun á heildsöluviðskiptum við óskylda aðila annars vegar og viðskiptum við skylda og afkomutengda aðila hins vegar. Tekið er fram að meginviðskipti MS séu á heildsölustigi sem séu vöruviðskipti til endurseljenda á borð við Haga hf., Kaupás hf. og annarra sölustaða sem hafa mjólkurvörur í smásölu. Þá selji MS til matvælaframleiðslufyrirtækja eins og Vífilfells, sem kaupir m.a. mjólk í lausu máli til framleiðslu á mjólkurvörum eins og



Orkumjólk og Hámarki. Jafnframt selji MS til matvælavinnslufyrirtækja, eins og Sláturfélags Suðurlands sem noti mjólkina sem millihráefni í aðra matvælaframleiðslu.

Auk framangreindra óskyldra aðila selji MS til afurðastöðva sem stundi mjólkurvinnslu og framleiði mjólkurvörur eins og t.d. Örnú (sem framleiði laktósafríar vörur), Biobú ehf. (sem framleiði mjólkurvörur úr lífrænni mjólk) og Mjólkurbúið.

Viðskiptum við óskylda aðila sem fara fram á heildsölustigi fylgja engin tengsl að sögn MS, hvorki fyrir né eftir að viðskipti eigi sér stað. Til staðar séu engir aðrir samstarfsþættir, samningar eða tengsl aðila sem hafi áhrif á framlegð og þar með rekstur og efnahag viðkomandi fyrirtækja.

Ólíkt framangreindum viðskiptum við óskylda aðila séu viðskipti milli MS, KS og Mjólkú II, viðskipti milli skyldra og afkomutengdra aðila. Bendir MS á að fyrirtækin hafi með sér margháttað og umfangsmikið samstarf á sviði framleiðslu, sölu og/eða dreifingu mjólkurvara fyrir innlandan markaði og einnig útflutnings mjólkur utan greiðslumarks. Þannig annist t.d. MS allan útflutning mjólkurvara, svo sem skyr, viðbits, mjólkurdufts og osta. Þessu samstarfi fylgi óhjákvæmilega mismunandi skipting tekna og kostnaðar sem svo sé jafnað út í gegnum ýmsa starfsþætti félaganna. Þeir þættir séu margir og margvíslegir og tengist m.a. framleiðslu og pökkun mjólkurvara, fullnaðarvinnslu og pökkun vöruhegunda sem seldar séu hálfunnar milli aðila á kostnaðarverði. Einnig sé um að ræða sölu hráefnis milli aðila á kostnaðarverði sem svari til lágmarksverðs til bænda hverju sinni. Tekið er fram að MS selji árlega 3.000 til 4.000 tonn af hráefni á kostnaðargrunni til KS og selji einnig Mjólkú II hráefni. Að mati MS sé grundvallarmunur á þessu fyrirkomulagi og heildsöluviðskiptum við óskylda aðila. MS, KS og Mjólkú II starfi í fullu samræmi við heimildir 71. gr. búvörulaga sem og á grundvelli ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 40/2009 þar sem segir m.a.: „Af þessum samráðstengslum leiðir að líta ber á MS og KS sem einn og sama aðilann í viðskiptalegu tilliti“.

Í athugasemdum MS er lýsing á verkaskiptingu í framleiðslu einstakra mjólkurafurða á milli MS, KS og Mjólkú II. Fyrir stofnun MS hafi verið mikið samstarf á milli KS og Mjólkursamsölnunar svf. auk annarra fyrirtækja í mjólkuriðnaði. Samstarfið hafi m.a. verið í sölu- og markaðsmálum í gegnum Osta- og smjörsöluna eins og framar greinir. Eftir stofnun MS 1. janúar 2007 hafi samstarfið orðið enn tengdara en áður með frekari sameiningum mjólkurbúa, sameiginlegum rekstri og sameigna í félögum eins og segir í umsögn MS. Fram kemur að samstarf félaganna felist m.a. í því að MS, KS og Mjólkú II skipti með sér framleiðslu og pökkun á einstökum mjólkurafurðum fyrir innanlandsmarkað. Sölu- og markaðsstarf fari fram hjá MS bæði fyrir ferskvörur og birgðavörur (osta, duft og viðbit) sem áður hafi verið hjá Osta- og smjörsölunni. Við lokun Osta- og smjörsölnunar hafi starfsemi hennar verið skipt á milli MS í Reykjavík og Akureyri og KS á Sauðárkróki. Við stofnun MS hafi mjólkursamlag KS hætt allri framleiðslu og sölu á ferskvörum eins og nýmjólk, léttmjólk, rjóma, skyri, súrmjólk og ávaxtasúrmjólk. Þess í stað hafi Mjólkursamlag KS aukið framleiðslu á viðbiti (smjöri og smjörva) og ostum. MS bendir á að með sérhæfingu og verkaskiptingu á vinnslu- og pökkunarflokkum hafi náðst mikil kostnaðarlækkun í fjárfestingum og rekstri á tækjum og búnaði. MS segir að ef ekki hafi komið til fjárhagslegar aðgerðir í gegnum vöru- og



hráfnisverð milli félaganna hefði umrædd verkaskipting gert afkomu KS verri en afkomu MS betri að sama skapi vegna mismunandi tekju- og kostnaðarhlutfalla við framleiðslu einstakra vörflokka. Leiðrétting og jöfnun á framlegð félaganna hafi m.a. verið fólgin í miðlun/sölu hráfnis á milli MS og KS á verði mjólkur sem svari til lágmarksverðs til bænda hverju sinni. MS tekur fram að í kjölfar kaupa KS á Mjólk, í byrjun árs 2010, hafi KS hafist handa um endurskipulagingu á rekstrinum. Í því hafi falist m.a. að hætta framleiðslu og þökkun á rifostum. Eins hafi verið hætt framleiðslu á skyr-/ostakökum hjá Mjólk II og hún færð til MS þar sem framleiðslan hafi verið meira vélvædd.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Ekki leikur vafi á því í málinu að ákvæði búvörlaga veita afurðastöðvum í mjólkuriðnaði heimild til umtalsverðrar samvinnu sem ella gæti farið gegn banni samkeppnislaga við samráði. Hins vegar verður að líta til þess að bæði orðalag 3. mgr. 13. gr. og 71. gr. búvörlaga og lögskýringagögn bera það skýrlega með sér að aðeins samningar milli afurðarstöðva í mjólkuriðnaði um verðtilfærslu og samstarf þeirra sem gert er í þeim tilgangi að halda niðri kostnaði við framleiðslu, geymslu og dreifingu mjólkurafurða fellur utan banns samkeppnislaga við samráði. Í þessum ákvæðum búvörlaga felst ekki undanþága frá 11. gr. samkeppnislaga og einnig liggur fyrir í málinu að verð MS á hrámjólk var ekki ákvarðað af verðlagsnefnd búvara, sbr. umfjöllun hér að framan.

Af þessu leiðir að framangreind atriði sem MS vísar til hafa ekki þau áhrif að heimila verðlagningu fyrirtækisins sem ella myndi fara gegn 11. gr. samkeppnislaga. Þar sem búvörlögin taka ekki til umræddrar háttsemi MS verður í málinu lagt á það mat hvort hún hafi falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

Um dreifingu á hrámjólk

Í bréfi verðlagsnefndar búvöru til Samkeppniseftirlitsins, frá desember 2013, segir að það sem skilji á milli „í kostnaði á gerilsneyddri og ógerilsneyddri mjólk, felst í upphituninni sem ekki er framkvæmd á ógerilsneyddri mjólk. Hins vegar er umsýslu- og dreifingarkostnaður kostnaðarsamari þar sem halda verður vörunni að fullu aðskilinni í umsýslu og dreifingu sem er framkvæmd í sérhæfðum tækjum sem eru töluvert dýrari (tankbíl).“

Mjólkurbúið gerir athugasemd við framangreinda lýsingu verðlagsnefndar varðandi framkvæmd dreifingar á ógerilsneyddri hrámjólk í bréfi til Samkeppniseftirlitsins, dags. 11. mars 2014, en þar segir:

„Í bréfi frá verðlagsnefnd búvara sem fylgdi andmælskjalinu og undirritað er af Ólafi Friðrikssyni í landbúnaðarráðuneytinu kemur fram að dreifingarkostnaður við ógerilsneydda (svo) mjólk sé kostnaðarsamari en við gerilsneydda mjólk. Þetta er ekki rétt vegna þess að gerilsneyddri mjólk þarf að dæla inn í mjólkurstöð og gerilsneydda. Gæta þarf sérstaklega að því að hún blandist ekki við hrámjólk eða komist í snertingu við gerla og því er mun meiri vandi að flytja hana en ógerilsneydda mjólk. Þannig er ljóst að umsýsla, sýnataka og öll meðhöndlun er mun vandasamari og kostnaðarmeiri við gerilsneydda mjólk en ógerilsneydda. Þá er það ekki rétt að um sérstök



flutningstæki sé að ræða því mjólkinn er flutt á þeim bílum sem henni er safnað á. Ávallt eru keyptir heilir farmar allt frá 8.000,- ltr. til 13.000,- ltr. í hverri afgreiðslu. Það er umtalsvert hagkvæmara en að afgreiða mjólkina í minni einingum frá 0,5 ltr. til 1,5 ltr. Jafnframt er mjólkinni ekið til umbjóðanda míns [Mjólkurbúsins] á höfuðborgarsvæðinu sem ella þyrfti að aka með austur á Selfoss. Mjólkinni sem umbjóðandi minn kaupir er safnað í Hvalfirði, Borgarfirði eða á Snæfellsnesi. Því er mun hagkvæmara að afhenda mjólk til umbjóðanda míns en að aka henni og vinna á Selfossi."

Í bréfi MS til Samkeppniseftirlitsins er tekið undir með verðlagsnefnd að fjárbinding í mjólkurtankbíl sé um 40 milljónir kr. en um 25 til 30 milljónir króna í dreifingarbíl með kældum vörukassa, allt eftir stærð. Hvað sem öðrum fullyrðingum líður segir MS að hver klukkustund í rekstri tankbíls sé dýrari en almennur vörudreifingarbill með vörukassa. Með því staðhæfir MS síðan að augljóst sé að kostnaður við dreifingu ógerilsneyddrar mjólkur sé meiri en gerilsneyddrar.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið getur tekið undir það með verðlagsnefnd að vörubifreið (tankbíl) sé dýrari en þær bifreiðar sem sendast með gerilsneydda mjólk. Á hinn bóginn er það ekki rétt hjá MS að kostnaður við dreifingu á ógerilsneyddri mjólk sé meiri en gerilsneyddri þegar hann er reiknaður á hvern lítra og magn þannig tekið með inn í reikninginn. Það hefur verðlagsnefnd staðfest eftir að andmælaskjal var gefið út í þessu máli, sbr. umfjöllun hér að framan þar sem nefndin komst að þeirri niðurstöðu að verð á ógerilsneyddri mjólk ætti að vera 10,5% lægra á hvern lítra en á gerilsneyddri mjólk í lausu máli.

Þá segir MS að oftast er ekki sé einungis hluti af farmi tankbíls losaður við sölu á mjólk í Hafnarfirði auk þess sem tankbíllinn þurfi að undirgangast tankþvott á Selfossi eftir lokun innvigtunar, mjólkurvinnslu- og þökkunar í Reykjavík. Því hafi mjólkurlosun í Hafnarfirði ekkert hagræði í för með sér og leiði einvörðungu til aukins kostnaðar að mati MS.

Samkeppniseftirlitið getur ekki tekið undir það með MS að ekkert hagræði felist í því fyrir MS að losa mjólkurbílinn í Hafnarfirði í stað þess að aka mjólkinni til Selfoss. Það var ákvörðun MS að bjóða upp á tankþvott eingöngu á Selfossi en ekki líka í Reykjavík á tilteknum tímum. Nefnt óhagræði MS má alfarið skrifa á fyrirtækið sjálft ef það velur að keyra tóman tankbíl austur á Selfoss í þvott eftir að mjólkinn hefur verið afhent í Hafnarfirði.

Um fulltrúa MS í verðlagsnefnd

MS mótmælir því að fulltrúi félagsins í verðlagsnefnd hafi fengið það verkefni í hendur að vinna útskýringu vegna kvörtunar Mjólkur til nefndarinnar. MS segir að viðkomandi starfsmanni hafi ekki verið falið að vinna að útskýringu vegna erindis Mjólkur I heldur einungis að taka saman yfirlit um breytingar á verðlagningu síðustu ár m.t.t. vinnslu og dreifingarkostnaðar.



Samkeppniseftirlitið getur ekki tekið undir það með MS að heppilegt sé að framkvæmdastjóri hjá MS, sem var keppinautur Mjólku I á þeim tíma, hafi fengið framangreint hlutverk hjá verðlagsnefnd búvara enda réttlætir MS verðákvörðun sína á hrá mjólk til Mjólku I og síðar Mjólkurbúsins með því að vísa til verðákvörðunar verðlagsnefndar á mjólk í lausu máli.

Um hlutverk verðlagsnefndar

Fjallað er um hlutverk verðlagsnefndar og verðákvörðun MS í umsögn félagsins um andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins:

„Á bls. 28-29 í andmælaskjali kemur fram að SE telji að ákvörðun verðlagsnefndar um lágmarksverð á mjólk til bænda sé ekki ákvörðun um verðlagningu á hrá mjólk sem miðluð er milli afurðastöðva í samstarfi. MS geti ekki byggt á því að verðlagsnefnd búvöru beri ábyrgð á verðlagningu félagsins á hrá mjólk til tengdra aðila í framleiðslusamstarfi. Meðal annars er vísað til þess að hvergi sé tekið fram í lögskýringargögnum að verðlagning verðlagsnefndar taki til heildsöluviðskipta eða miðlunar milli afurðastöðva í mjólkuriðnaði eða deilda innan slíkra afurðastöðva. MS bendir á að jafnvel þótt fallist yrði á rökstuðning um að það sé ekki verðlagsnefndar að ákveða verðlagningu á hrá mjólk milli afurðastöðva í samstarfi á grundvelli 71. gr. búvörulaga þá gildi einu um það í þessu samhengi. Enda þótt það væri ekki hlutverk nefndarinnar að ákveða verðlagningu milli afurðastöðva í samstarfi þá leiðir það einmitt af tilgangi 71. gr. búvörulaga að samstarfsfélögum er fullfrjálst að ákveða verðgrunn fyrir miðlun mjólkur innan slíks samstarfs.“

Samkeppniseftirlitið tekur hér fram að ekki er byggt á því í málinu að samvinna og viðskipti milli MS og tengdra félaga hafi verið í andstöðu við búvörulög. Aðalatriðið hér er að ákvæði búvörulaga veita ekki MS heimild til þess að beita viðskiptavinum sínum verðmismunum. Sú háttsemi fyrirtækisins fellur því að öllu leyti undir 11. gr. samkeppnislaga.

2.4 Nánar um verðlagningu MS og áhrif hennar

Fyrir liggur að MS, KS og Mjólka II miðluðu mjólk sín á milli á lágmarksverði til framleiðenda (bænda) sem verðlagsnefnd búvara gefur út en miððu við verð á gerilsneyddri mjólk í lausu máli við sölu á hrá mjólk til Mjólku I og síðar Mjólkurbúsins.

Í töflu 3 má sjá þann mismun sem er á verði til Mjólku II skv. lágmarksverði til bænda annars vegar og verði til Mjólkurbúsins og Mjólku I sem miðast við hámarks heildsöluverð á mjólk í lausu máli hins vegar. Um er að ræða breytingu á verði frá 1. nóvember 2008 til 1. nóvember 2013.



Tafla 3. Samanburður á verði MS á hrámjólk sem seld var til KS og Mjólku II (lágmarksverð til bænda) annars vegar og til Mjólku I og Mjólkurbúsins hins vegar (verð í lausu máli). Fjárhæðir eru í krónum á lítra. ⁴⁴

Heildsöluverð	1.11.2008	1.8.2009	1.2.2011	1.8.2011	1.8.2012	1.11.2013
Verð til KS og Mjólku II	71,13	71,13	74,38	77,63	80,43	82,92
Verð hrámjólkur til keppinauta	79,72	85,82	89,73	94,00	98,00	101,00
2,7% afsláttur	-2,15	-2,32	-2,42	-2,54	-2,65	-2,73
2,7% viðbótarafsláttur í árslok			-2,42	-2,54	-2,65	-2,73
Verð til Mjólku I og Mjólkurbúsins ⁴⁵	77,57	83,50	87,31	91,46	95,35	95,55
Mismunur	9,05%	17,39%	14,12%	14,55%	15,27%	15,23%

Af töflu 3 má sjá að verulegur munur er á heildsöluverði MS á hrámjólk eftir því hvort hún er seld til vinnslu hjá KS og Mjólku II annars vegar og Mjólkurbúsins og Mjólku I hins vegar. Þrátt fyrir að MS veiti Mjólkurbúinu 2,7% afslátt fyrir regluleg viðskipti sín við félagið er verðmunurinn allt frá því að hafa verið um 9,05% og upp í það að hafa verið um 17,39%. Að teknu tilliti til eftirágreidds 2,7% viðbótarafsláttar sem veittur var í árslok 2011, 2012 og 2013 var verðmunurinn samt sem áður frá rúmlega 14% og 15%. Það skal tekið fram að bændur greiða MS og KS fyrir flutning mjólkurinnar í afurðastöð og dregst sá kostnaður frá lágmarksverði til bænda, sbr. töflu 4. Að teknu tilliti til þess fá MS og KS mjólkina sem þau safna sjálf til eigin vinnslu á enn lægra verði en lágmarksverð til bænda segir til um.

Þegar miðlun hrámjólkur á sér ekki stað milli félaganna MS, KS og Mjólku II heldur mjólkin nýtt hjá því félagi sem safnar henni til eigin vinnslu er verðmunurinn enn meiri en fram kemur í töflu 3. Verð á hrámjólkinni til keppinauta var þannig allt frá því að vera frá rúmlega 12% upp í tæplega 21% hærra sem Mjólka I þurfti að greiða. Munurinn síðar gagnvart Mjólkurbúinu var frá rúmlega 18% upp í tæplega 20%, sbr. töflu 4.

⁴⁴ Taflan sýnir breytingar á verði samkvæmt útreikningi verðlagsnefndar búvara frá 1. nóvember 2008 til 1. nóvember 2013. Tekjur fyrir miðlun á hrámjólk milli tengdra aðila fer eftir lágmarksverði til bænda sem verðlagsnefnd búvara gefur út. Eftir að Mjólka varð í eigu KS þá byrjaði MS að miðla mjólk til félagsins á lágmarksverði til bænda, eða frá 1. janúar 2010. Fyrir þann tíma fékk Mjólka, sem þá var í eigu keppinautar MS, hrámjólkina á hærra verði sem tók mið af útreikningi verðlagsnefndar búvara á mjólk í lausu máli.

⁴⁵ Verð til Mjólku í eigu kvartanda til 1. ágúst 2009 og síðar Mjólkurbúsins.



Tafla 4. Verð á hrámjólk til vinnslu hjá MS og KS án miðlunar til tengdra aðila samanborið við verð MS á hrámjólk til Mjólku I og Mjólkurbúsins. Fjárhæðir eru í krónum á lítra.

Heildsöluverð	1.11.2008	1.8.2009	1.2.2011	1.8.2011	1.8.2012	1.11.2013
Lágmarksverð til bænda	71,13	71,13	74,38	77,63	80,43	82,92
-Flutningskostnaður greiddur af bændum	2,05	2,05	2,50	2,50	2,90	2,90
Verð hrámjólkur til vinnslu hjá MS og KS	69,08	69,08	71,88	75,13	77,73	80,02
Verð MS til Mjólku og Mjólkurbúsins ⁴⁶	77,57	83,50	87,31	91,46	95,35	95,55
Mismunur	12,29%	20,88%	18,09%	18,36%	19,58%	19,40%

Sérstaklega ber að líta til þess að á árinu 2009 hækkaði verð á gerilsneyddri mjólk í lausu máli um 7,6% á sama tíma og lágmarksverð til bænda stóð í stað. Sem fyrr segir kaus MS að miða verð sitt á ógerilsneyddri hrámjólk, sem seld var Mjólku I, við þann verðflokk. Telja má að sú hækkun hafi verið til þess fallin að skerða verulega samkeppnisstöðu Mjólku I gagnvart MS, sbr. nánar síðar. Í framhaldi af þessari verðhækkun var félagið selt til KS. Af framangreindum fundargerðum verðlagsnefndar búvara 16. júní og 7. júlí 2009 má sjá að MS hafði mikið um það að segja á þessum tíma að verð á mjólk í lausu máli, þ.e. hráefnisverð Mjólku I, var hækkað á meðan lágmarksverð á mjólk til bænda, þ.e. hráefnisverð MS og KS stóð í stað. Um þetta leyti var Mjólka I að styrkja sig í samkeppni við MS í sölu á rifnum osti til endurseljenda á smásöluverkaði.

Að teknu tilliti til framangreinds kostnaðar bendir allt til þess að verðið á hrámjólk sem MS og KS hafa miðlað til tengdra aðila (milli MS, KS og Mjólku II) sé undir breytilegum kostnaði, sbr. sundurliðun í töflu 5. Mismunun MS gagnvart m.a. Mjólkurbúinu gangi m.ö.o. mögulega svo langt að miðla hrámjólk til tengdra aðila á verði sem er undir breytilegum kostnaði MS við mjólkina.

⁴⁶ Verð til Mjólku í eigu kvartanda til 1. ágúst 2009 og síðar Mjólkurbúsins.



Tafla 5. Framlegð MS af miðlun hrámjólkur til tengdra aðila, fjárhæðir í krónum á lítra

	1.11.2008	1.8.2009	1.2.2011	1.8.2011	1.8.2012	1.11.2013
Tekjur						
Miðlun hrámjólkur milli tengdra aðila	71,13	71,13	74,38	77,63	80,43	82,92
<i>Tekjur alls</i>	<i>71,13</i>	<i>71,13</i>	<i>74,38</i>	<i>77,63</i>	<i>80,43</i>	<i>82,92</i>
Breytilegur kostnaður (BK)						
Lágmarksverð til bænda að frádr. flutn.	69,08	69,08	71,88	75,13	77,53	80,02
Flutningskostnaður á mjólk ⁴⁷	2,05	2,05	2,50	2,50	2,90	2,90
Annar ótilgreindur breytilegur kostn. ⁴⁸ :						
- Greiðslur umfram lágmarksverð						
- Þátttaka í söfn.kostn. m. bændum						
- Kostnaður vegna mjólkureftirlits						
- Kostnaður vegna rannsóknarstofu						
- Kostn. v. dreifingar til viðskiptavina						
- Kostnaður vegna rýrnunar í vinnslu						
- Kostn. v. afsetn. greiðslumarks erl.						
- Stjórnar- og sölukostn. og álagning						
<i>Breytilegur kostnaður að hluta</i>	<i>71,13</i>	<i>71,13</i>	<i>74,38</i>	<i>77,63</i>	<i>80,43</i>	<i>82,92</i>
Framlegð án ótilgr. BK að ofan	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00

Eins og sjá má er framlegð MS af miðlun hrámjólkur til tengdra aðila, KS og Mjólk II engin þegar aðeins er tekið tillit til breytilegs kostnaðar félaganna vegna innvigtaðrar mjólkur (lágmarksverð til bænda) og flutningskostnaðar. Á þá eftir að draga frá miðlunarverðinu annan breytilegan kostnað sem MS hefur sjálf bent á í umsögn sinni. Þeir kostnaðarliðir eru tilgreindir í töflunni en ekki liggur fyrir hver sá kostnaður er á hvern lítra. Með hliðsjón af sjónarmiðum MS verður að telja að hann sé einhver sem verður til þess að framlegð MS af miðlun hrámjólkur til tengdra aðila er neikvæð að teknu tilliti til umrædds kostnaðar. Um er að ræða breytilegan kostnað vegna sölu MS á mjólk til KS og Mjólk II sem felur í sér greiðslur umfram lágmarksverð (fyrir úrvalsmjólk), þátttöku í söfnunarkostnaði með bændum, kostnað vegna mjólkureftirlits, kostnað vegna rannsóknarstofu, kostnað vegna dreifingar til viðskiptavina, kostnað vegna rýrnunar í vinnslu, kostnað vegna afsetningar greiðslumarks erlendis, hlutdeild í stjórnar- og sölukostnaði og eðlilega álagningu vegna áhættu.

⁴⁷ Samkvæmt útreikningi verðlagsnefndar búvara á flutningskostnaði frá býli til afurðastöðvar. Kostnaðurinn er greiddur af bændum og dregst frá lágmarksverði til bænda.

⁴⁸ Þessir kostnaðarliðir segir MS að skýri verðmuninn á lágmarksverði á mjólk til vinnslu hjá MS, KS og Mjólk annars vegar og á heildsöluverði á mjólk í lausu máli til vinnslu hjá Mjólkurbúinu og áður Mjólkú hins vegar. MS segir í umsögn sinni að hærra verð til Mjólkurbúsins, sem felst í verði á mjólk í lausu máli, sé til þess að mæta ákveðnum kostnaði sem fyrirtækin, sem kaupa mjólk af bændum, hafi af starfsemi sinni. MS tekur fram að þessi ótilgreindi kostnaður komi ekki sundurliðaður fram í reikningum en þegar MS og KS taki mjólk til vinnslu beri félagin vitaskuld þennan kostnað í starfsemi sinni.



Framangreindir kostnaðarliðir voru nefndir í umsögn MS í þessu máli sem taka þyrfti tillit til við dreifingu á hrá mjólk til Mjólkurbúsins. Sá kostnaður verður vitanlega einnig til þegar samskonar hráefni er flutt til vinnslu hjá KS og Mjólk II. Að frátöldum framangreindum breytilegum kostnaði þarf MS auk þess að gera ráð fyrir föstum kostnaði í verðlagningu sinni. Samkeppniseftirlitið lagði til grundvallar í andmælaskjalinu að umræddur kostnaður leiddi til þess að framlegð væri neikvæð nema sjónarmið og gögn myndu MS leiða til annarrar niðurstöðu. Var óskað eftir því að MS upplýsti í umsögn sinni um andmælaskjalið fjárhæð þeirra kostnaðarliða, fyrir hvern lítra mjólkur, sem tilgreindir eru í töflu 5 til að gefa gleggri mynd af framlegð félagsins af miðlun mjólkur til KS og Mjólk II.

Í umsögn MS um framangreint segir félagið að með þeirri upptalningu kostnaðarliða felist ekki fullyrðing um að sá kostnaður falli ekki til á þá mjólk sem seld er til KS eða Mjólk II. Fram kemur að gagnkvæmur framlegðartilflutningur eigi sér stað milli fyrirtækjanna í gegnum verkaskiptingu í vöruframleiðslu og einnig í gegnum hráefnisverð. Þá er sagt að þessi nálgun sé að fullu sambærileg við samstarf, verkaskiptingu og hráefnismiðlun á milli MS og KS auk þess sem eigendur MS beri uppi ýmsan sameiginlegan kostnað í gegnum eignarhald og samstarf sitt í gegnum fyrirtækið. Það sé því ekki hægt að horfa einangrað á hvaða framlegð er af sölu hrá mjólkur frá MS til Mjólk II. Nánar um það segir í umsögn MS:

„Það er ekki hægt að horfa á það einangrað hvaða framlegð er af sölu hrá mjólkur frá MS til Mjólk II. Það verður að skoða heildarmyndina með allri þeirri verkaskiptingu, samráði, verðtilfærslu o.s.frv. sem samstæðan hefur heimildir til samkvæmt búvörulögum og á grundvelli ákvörðunar SE nr. 40/2009.“

Að því sögðu lét MS undir höfuð leggjast að upplýsa um þann kostnað sem félagið segist verða fyrir við miðlun hrá mjólkur þrátt fyrir að félagið réttlæti þann mun sem er á verði til Mjólkurbúsins samanborið við verðlagningu þess til afurðastöðvar MS og til tengdra aðila, þ.m.t. Mjólk II, með því að vísa til hans. Af framangreindu verður að draga þá ályktun að MS búi ekki yfir fullnægjandi upplýsingum um eigin kostnað sem felst í sölu og miðlun á ógerilsneyddri hrá mjólk. Í nefndri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 40/2009 *Samruni Kaupfélags Skagfirðinga svf. og Mjólk II ehf./Eyjabú ehf.* segir að með hliðsjón af miklum samráðstengslum á milli MS og KS bæri að líta á félögin sem einn og sama aðilann í viðskiptalegu tilliti. Eftir sem áður er um að ræða tvo sjálfstæða lögaðila hvor með sína stjórn, kennitölu og ársreikning. Því hafa búvörulög ekkert með bókhald MS að gera og getur félagið ekki vísað til 71. gr. búvörulaga hvað varðar upplýsingar um framangreinda kostnaðarliði í rekstri félagsins.

Samstarf MS og tengdra aðila hefur ekki í för með sér kostnaðarlega hagræðingu sem hefur áhrif á verðlagningu á hrá mjólk í afurðastöð enda gengur samstarfið út á verkaskiptingu í framleiðslu á einstökum mjólkurafurðum, birgðahald og dreifingu mjólkurafurða sem fer fyrst að hafa áhrif eftir að hráefnið er komið inn í afurðastöð til vinnslu eins og fjallað hefur verið um hér að framan. KS kaupir mjólk af bændum og safnar því á sínu landsvæði. Ef KS vantar meiri hrá mjólk í sína afurðastöð í Skagafirði þá



er hún keypt af MS á verði sem nemur lágmarksverði til bænda. Eins hefur MS selt Mjólku II í Hafnarfirði mjólk á sama verði og KS. MS hefur einnig selt öðrum sjálfstæðum afurðastöðvum eins og Mjólku I og Mjólkurbúinu hrámjólk sem hafa einnig að mjög takmörkuðu leyti vigtað inn mjólk frá fáeinum bændum en hafa samt þurft á því að halda að eiga viðskipti við MS um hráefni til sinnar framleiðslu. Þá hrámjólk hefur MS hins vegar selt en á allt öðru og hærra verði en til tengdra aðila eins og fjallað hefur verið um hér að framan. MS tekur sjálf fram að félagið sé rekstrarfélag mjólkuriðnaðarins á Íslandi og í eigu rúmlega 700 kúabænda um land allt. Því séu staða og tengsl MS gagnvart mjólkurframleiðendum allt önnur og sterkari en lítilla sjálfstæðra afurðastöðva sem keppi við MS og tengda aðila um sölu mjólkurafurða.

Í máli þessu er til athugunar hvort MS hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með verðmismunun. Ekki er skilyrði fyrir slíku broti að vara hafi verið seld á verði sem er undir breytilegum kostnaði.

Með hliðsjón af öllu framangreindu er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að ekki sé þörf á því í þessari ákvörðun að úrskurða um það hvort MS hafi miðlað hrámjólk til KS og Mjólku II á verði sem er undir breytilegum kostnaði. Eftir sem áður er ljóst að MS seldi tengdum aðilum hrámjólk á umtalsvert lægra verði heldur en ótengdum aðilum. Gagnvart afurðastöð sem ekki nýtur slíkra kjara hefur þessi verðlagning augljós áhrif á möguleika þess fyrirtækis til þess að keppa. Var þessi háttsemi MS því til þess fallin að raska samkeppni með alvarlegum hætti, sbr. nánar hér á eftir.

3. Brot á 11. gr. samkeppnislaga

3.1 Kjarni málsins

Á rannsóknartímabili þessa máls (2008-2013) var MS í markaðsráðandi stöðu. Breytingar sem leiddu af lögum nr. 85/2004, sem breyttu búvörulögum, sköpuðu ástand í íslenskum mjólkuriðnaði sem heggur nærri einokun. Með stofnun MS á árinu 2006 átti sér stað mikil samþjöppun á markaðnum og búvörulög leyfa MS og KS mjög nána viðskiptalega samvinnu. Nánast allir mjólkurframleiðendur á landinu eru eigendur að móðurfélagi MS og það félag hefur á rannsóknartímabilinu keypt a.m.k. yfir 90% af allri hrámjólk sem seld hefur verið hér á landi.

Verðlagsnefnd búvara ákvað lágmarksverð sem greiða ber mjólkurbændum (framleiðendum). MS, KS, Mjólka I, Mjólka II og Mjólkurbúið eru ekki mjólkurframleiðendur heldur afurðastöðvar í skilningi búvörulaga. Þrátt fyrir þetta seldi MS KS og Mjólku II ógerilsneydda hrámjólk á verði sem miðast við lágmarksverð til mjólkurframleiðenda, þ.e. bænda.

MS kaus að bjóða Mjólku I og Mjólkurbúinu upp á önnur kjör á ógerilsneyddri hrámjólk. Í stað þess að miða við lágmarksverð til framleiðenda var Mjólku I og Mjólkurbúinu seld ógerilsneydd hrámjólk á verði sem miðaðist við verðlagningu verðlagsnefndar á gerilsneyddri mjólk í lausu máli. Mjólk í lausu máli er gerilsneydd mjólk sem þegar hefur



fengið vinnslu í afurðastöð og því augljóslega dýrari en ógerilsneydd hrámjólk enda ólíkur kostnaðargrundvöllur þar að baki.

Framangreint hafði þau áhrif að Mjólka I og Mjólkurbúið þurftu að greiða að hærra verð á lykilorðum heldur en keppinautar þeirra. Sú verðmismunur sem Mjólka I og Mjólkurbúið sættu af hálfu MS var veruleg. Þurftu þessi fyrirtæki að borga verð sem var umtalsvert hærra en það verð sem fyrirtæki tengd MS nutu.

Ákvæði 3. mgr. 13. gr. og 71. gr. búvörulaga veita ekki markaðsráðandi fyrirtækjum í mjólkuriðnaði almenna heimild til að misnota markaðsráðandi stöðu sína og fara þannig gegn 11. gr. samkeppnislaga. Hvorki þessi né önnur ákvæði búvörulaga veittu MS heimild til að grípa til þeirra aðgerða sem mál þetta tekur til.

Mjólka I og Mjólkurbúið annars vegar og MS, KS og Mjólka II eru fyrirtæki sem kaupa hrámjólk og framleiða úr henni margskonar mjólkurafurðir. Leiðir af sjálfu sér að hrámjólk er eitt mikilvægasta hráefni þessara fyrirtækja. Verulegur verðmunur á þessu hráefni er því til þess fallinn að hafa umtalsvert áhrif á samkeppnisrekstur þess fyrirtækis sem þarf að borga hærra verð en aðrir kaupendur á hrámjólk.

Öll umrædd fyrirtæki hafa framleitt samskonar mjólkurafurðir og keppt í sölu þeirra. Keppinautar MS þurftu því ekki aðeins að sæta því að markaðsráðandi fyrirtæki beitti þá mismunurinn í verði heldur einnig að félög tengd MS fengju þetta hráefnið á mun lægra verði sem var til þess fallið að veita þeim verulegt samkeppnisforskot gagnvart Mjólku I og Mjólkurbúinu.

3.2 Rík skylda hvílir á MS

Varðandi túlkun 11. gr. samkeppnislaga í máli þessu ber fyrst að líta til yfirburðastöðu MS á hinum skilgreinda markaði. Eru í samkeppnisrétti gerðar sérstakar kröfur til hegðunar slíkra fyrirtækja gagnvart keppinautum og viðskiptavinum sínum. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur ítrekað tekið fram að „*skyldur markaðsráðandi fyrirtækja geta að öðru jöfnu verið því ríkari þeim mun sterkari sem þau eru á viðkomandi markaði enda má ætla að samkeppni veikist þá að sama skapi.*“, sbr. t.d. úrskurð nefndarinnar í máli nr. 3/2008, *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu.*

Í c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga segir að brot á ákvæðinu geti falist í því að viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í samskonar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra þannig veikt, sbr. nánari umfjöllun hér að framan. Með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2006 var staðfest sú niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að einn forveri MS, Osta- og smjörösalan sf., hefði brotið gegn c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Í úrskurðinum segir:

„Í máli þessu kemur til skoðunar 11. gr. samkeppnislaga, þar sem fjallað er um misnotkun á markaðsráðandi stöðu með skýrum efnisdæmum, sem ekki eru þó tæmandi talin í greininni. Í c lið 2. mgr. 11. gr. er tekið fram, að misnotkun í framangreindum skilningi geti falist í því að „viðskiptaaðilum sé



mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra þannig veikt."

Hvað varðar skilyrði þess, að fyrrnefnt ákvæði 11. gr. samkeppnislaga eigi við verður hér byggt á því hefðhelgaða viðhorfi innan samkeppnisréttar, sem m.a. hafa komið fram í fyrri úrskurðum áfrýjunarnefndar svo sem rakið er í röksemdum fyrir niðurstöðu hinnar áfrýjuðu ákvörðunar, að huglæg afstaða gerenda (þ.e. hvort um sök hafi verið að ræða eða ekki) skipti ekki máli við ákvörðun þess hvort um misnotkun á markaðsráðandi stöðu hafi verið að ræða eða ekki, né heldur þarf stöðuröskun að hafa verið sérlega umfangsmikil til þess að ákvæðið geti átt við. Ljóst er, að áfrýjandi í máli þessu hefur markaðsráðandi stöðu hvað varðar framleiðslu og sölu á undanrennudufti hélendis, í raun rétttri einokunaraðstöðu miðað við núverandi aðstæður, og ber að meta möguleika á misnotkun þeirrar stöðu á þeim grundvelli, þannig að jafnvel tiltölulega lítilvæg röskun komi því fremur til álita sem aðstæður nálgast meir einokun."

3.3 Niðurstaða

MS lítur svo á að til að um brot á c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga sé að ræða þurfi fjögur skilyrði að vera uppfyllt. Hið markaðsráðandi fyrirtæki þurfi í fyrsta lagi að hafa stofnað til samskonar viðskipta við mismunandi viðskiptavinum. Í öðru lagi þurfi fyrirtækið að hafa mismunað þessum viðskiptavinum í hinum jafngildu viðskiptum. Í þriðja lagi þurfi mismununin að veikja samkeppnisstöðu viðskiptavinanna. Í fjórða lagi þurfi að kanna hvort hlutlægar réttlættingarástæður réttlæti háttsemi fyrirtækisins.

Við mat á því hvort viðskiptaaðilum MS hafi verið mismunað með ólíkum skilmálum í samskonar viðskiptum í skilningi 11. gr. samkeppnislaga ber að mati Samkeppniseftirlitsins fyrst að rifja upp eftirfarandi staðreyndir málsins:

- MS er í afar sterkri stöðu á markaði málsins.
- MS hefur selt hrámjólk á mismunandi verði til Mjólku II annars vegar og Mjólku I og Mjólkurbúsins hins vegar. Var verðið sem Mjólkurbúið (og áður Mjólka I) greiddi allt að 15% til 17% hærra. MS hefur staðfest að hrámjólkin sem seld sé til m.a. Mjólku II og Mjólkurbúsins sé sambærileg hvað vinnslustig og gæði varðar.
- Til stuðnings þessari verðmismunun hefur MS m.a. vísað til mismunandi kostnaðar vegna viðskipta við annars vegar Mjólku II og hins vegar Mjólkurbúið.

Samkvæmt framansögðu eru umrædd viðskipti MS við Mjólku II og Mjólkurbúið samskonar að því leyti að um er að ræða sölu á sömu vöru. Þá er einnig ljóst að um ólíka skilmála er að ræða sökum þess að þessi sama vara var seld á mismunandi verði til keppinauta á sama sölustigi. Hið sama á við þegar hrámjólk var seld á mismunandi verði til annars vegar Mjólku I og hins vegar fyrirtækja innan MS samstæðunnar. Kemur þá til skoðunar hvort ólíkur kostnaður eða önnur atriði geti réttlætt mismunandi verð MS á hrámjólk. Ber að líta til þess að undir vissum kringumstæðum geta markaðsráðandi fyrirtæki réttlætt aðgerðir sem ella myndu fara gegn 11. gr. samkeppnislaga, sbr. t.d.



úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008. Sönnunarbyrði um það hvílir á viðkomandi fyrirtæki.⁴⁹

Verður þá að líta til þess hvort þau sjónarmið sem MS hefur sett fram leiði til þess að umræddir skilmálar séu samt sem áður lögmætir sökum þess að ólíkur kostnaður réttlæti mismunun í verði.

Varðandi þennan mismunandi kostnað hefur MS byggt á því að félagið selji mjólk til Mjólkú II á því verði sem ætlað er að vera lágmarksverð til bænda. Til Mjólkú I og síðar Mjólkurbúsins sé mjólkinn hins vegar seld á heildsöluverði fyrir gerilsneydda mjólk í lausu máli. Þetta hefur fyrirtækið sagt skýra mismunandi kostnað og verð:

„Verðmuninum sem verðlagsnefnd búvöru ákvarðar á þremur flokkum mjólkur (framleiðslu bænda, mjólk í lausu máli og pakkaðri mjólk) er ætlað að mæta ákveðnum kostnaði sem fyrirtækin, sem kaupa mjólk af bændum, hafa af starfsemi sinni. Þessi kostnaður kemur ekki sundurliðaður fram í reikningum en þegar MS og KS taka mjólk til vinnslu bera félögin vitaskuld þennan kostnað í starfsemi sinni. Meðfylgjandi kostnaðarliðir skýra verðmuninn á lágmarksverði til bænda (innkaupsverði) og verði á mjólk í lausu máli:

- *Greiðslur umfram lágmarksverð (fyrir úrvalsmjólk)*
- *Þátttaka í söfnunarkostnaði með bændum*
- *Kostnaður vegna mjólkureftirlits*
- *Kostnaður vegna rannsóknarstofu*
- *Kostnaður vegna dreifingar til viðskiptavina*
- *Kostnaður vegna rýrnunar í vinnslu*
- *Kostnaður vegna afsetningar greiðslumarks erlendis*
- *Hlutdeild í stjórnar- og sölukostnaði og eðlileg álagning vegna áhættu"*

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þetta. MS, KS og Mjólkú (I og II) eru ekki framleiðendur (mjólkurbændur) skv. búvörulögum og verðlagsnefnd ákvað ekki heildsöluverð á ógerilsneyddri hrá mjólk til afurðastöðva á rannsóknartímabili málsins. Þessi verðlagning verðlagsnefndar búvöru á því ekki við í málinu, sbr. og umfjöllun hér að framan. Þegar af þeirri ástæðu byggir rökstuðningur MS í grundvallaratriðum á röngum forsendum.

Til viðbótar þessu, og án tillits til skilgreininga búvörulaga, verður að telja að verðlagning MS á hrá mjólk gagnvart Mjólkurbúinu og Mjólkú I byggir ekki á málefnalegum grunni. Sú verðlagning tekur mið af heildsöluverðlagningu mjólkur sem verðlagsnefnd búvara gefur út. Mjólk í lausu máli, sem nefndin verðleggur, er gerilsneydd nýmjólk ætluð til neyslu og sölu á smásöluverkaði en Mjólkurbúinu kaupir ógerilsneydda hrá mjólk af MS til vinnslu

⁴⁹ Sjá dóm undirréttar ESB í máli nr. 201/04, *Microsoft v Commission* [2007] ECR-3601: „The Court notes, as a preliminary point, that although the burden of proof of the existence of the circumstances that constitute an infringement of Article 82 EC is borne by the Commission, it is for the dominant undertaking concerned, and not for the Commission, before the end of the administrative procedure, to raise any plea of objective justification and to support it with arguments and evidence. It then falls to the Commission, where it proposes to make a finding of an abuse of a dominant position, to show that the arguments and evidence relied on by the undertaking cannot prevail and, accordingly, that the justification put forward cannot be accepted.”



mjólkurafurða. Samkeppniseftirlitið óskaði eftir því við atvinnu- og nýsköpunarráðuneytið að gerð yrði grein fyrir skilgreiningu og sundurliðun á þeim kostnaðarliðum sem standa á bak við útreikning verðlagsnefndar á mjólk í lausu máli, sbr. umfjöllun hér að framan. Þær skýringar staðfesta framangreint mat Samkeppniseftirlitsins. Hið sama gildir um ákvörðun verðlagsnefndar búvöru frá 12. mars 2014. Eins og áður hefur komið fram ákvað verðlagsnefndin þá í fyrsta sinn verð á ógerilsneyddri mjólk í lausu máli. Að teknu tilliti til mismunandi kostnaðar er gerilsneydd mjólk í lausu máli að mati nefndarinnar 10,5% dýrari en ógerilsneydd mjólk.

Sökum þessa var óeðlilegt af markaðsráðandi fyrirtæki að miða verðlagningu á ógerilsneyddri hrámjólk til Mjólkú I og Mjólkurbúsins við gjaldskrá verðlagsnefndar búvöru sem gefin er út vegna sölu á gerilsneyddri mjólk í lausu máli. Eins og leiðir af framangreindu var nefnt heilðsöluverð sem nefndin gaf út ekki hugsað fyrir afurðastöðvar líkt og Mjólkurbúið er, heldur er um að ræða verðlagningu fyrir unnar mjólkurafurðir sem seldar eru t.d. til Íblöndunar annarra vara eins og t.d. Kappa og Hámark sem Vífilfell markaðsetti og til mótuneyta. Með þessu verklagi MS var vegið mjög að samkeppnisstöðu Mjólkurbúsins (og áður Mjólkú I), sbr. nánar hér á eftir.

Eins og framar segir ákveður verðlagsnefnd búvara samkvæmt 1. mgr. 13. gr. búvörulaga heilðsöluverð búvara sem verðlagðar eru skv. 8. gr. laganna, að teknu tilliti til afurðarverðs til framleiðenda og rökstuddra upplýsinga um kostnað við vinnslu og dreifingu búvara. Verðlagning í heilðsölu nær til nýmjólkur í lausu máli. Verðlagsnefndin hefur upplýst í málinu að við verðlagningu á mjólk í lausu máli sé tekið tillit til kostnaðar vegna vinnslu og dreifingu hennar enda er hér um að ræða heilðsöluverð á drykkjarmjólk til neytenda en ekki hrámjólk til afurðastöðvar á heilðsölustigi. Hér má einnig horfa til þess sem kom fram á fundi verðlagsnefndar búvara þann 7. janúar 2010 (234. fundur). Undir dagskrárliðnum önnur mál kom fram eftirfarandi í tengslum við greiðslu á flutningskostnaði á mjólk að afurðarstöð:

„Fram kom að flutningur á mjólk að samlagi hefði hækkað í kr. 2,50 þann 1. janúar sl. Þá var rætt um það hvort að flutningur á mjólk ætti að vera áfram í verðlagsgrundvelli kúabús eða tilheyra vinnslu- og dreifingarkostnaði.“

Samkvæmt þessu metur verðlagsnefnd búvara flutningskostnað MS á mjólk frá bændum að afurðarstöð og er sá kostnaður dreginn frá lágmarksverði bænda þegar MS greiðir fyrir mjólkina.

Af þessu leiðir að MS hefur selt Mjólkurbúinu og Mjólkú I hrámjólk til vinnslu mjólkurafurða á verði þar sem þegar var búið að taka mið af kostnaði vegna vinnslu og dreifingu afurðanna.

Verður hér einnig að líta til þess að Mjólkú I og síðar Mjólkurbúið þurftu líkt og aðrar afurðastöðvar í mjólkuriðnaði að uppfylla skyldur sínar um heilbrigði mjólkurinnar og gæðamat þrátt fyrir móttöku á hrámjólk frá MS. Þessu til viðbótar urðu þessi fyrirtæki fyrir samskonar kostnaði og aðrar afurðarstöðvar sem taka hrámjólk til vinnslu



mjólkurafurða. Verðlagning MS til Mjólkurbúsins (og áður Mjólk I) leiðir þannig af sér að fyrirtækið er að vissu marki knúið til að greiða tvisvar fyrir sömu kostnaðarliðina.

Í umsögn MS um andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins er framangreindu mótmælt en staðfest jafnframt að í verðlagsgrundvelli kúabús sé gert ráð fyrir því að bændur greiði fyrir flutning mjólkurinnar. Fram kemur að MS kaupi mjólkina við mjólkurhús hjá framleiðendum og borgi fyrir lágmarksverð til bænda að frádregnum flutningskostnaði sem metinn er af verðlagsnefnd búvara. MS segir að kostnaður við rekstur mjólkursöfnunarbifreiða hafi hins vegar reynst hærrí og því hafi MS í raun niðurgreitt söfnunarkostnað fyrir bændur. Það sé því ekki rétt að Mjólkurbúið sé knúið til þess að greiða tvisvar fyrir sömu kostnaðarliðina. Samkeppniseftirlitið getur ekki tekið undir framangreinda skýringu MS því ef söfnunarkostnaður MS reynist meiri en verðlagsnefnd áætla þá á það ekki að koma niður á verðlagningu á hrámmjólk til keppinauta MS þannig að þeim sé mismunað í verði. MS hefur auk þess fulltrúa í verðlagsnefnd sem metur viðkomandi flutningskostnað og leggur nefndinni til gögn og útreikninga í því sambandi eins og að framan greinir. Eftir stendur að Mjólk I og Mjólkurbúið þurftu að uppfylla skyldur sínar um heilbrigði mjólkurinnar og gæðamat og standa undir eigin vinnslukostnaði sem afurðastöðvar við framleiðslu mjólkurafurða líkt og MS, KS og Mjólk II, sbr. hér að framan.

MS getur ekki líkt og gert er í tölvupósti til Samkeppniseftirlitsins þann 15. mars 2013 réttlætt framangreinda verðlagningu til m.a. Mjólkurbúsins með því að halda því fram að sá sparnaður sem fæst af því að sleppa gerilsneyðingunni jafnist út í dreifingu mjólkurinnar sem sé umtalsvert dýrari en ef um hefðbundna dreifingu væri að ræða. Sú röksemd á ekki við þegar haft er í huga að dreifing á sambærilegri hrámmjólk til Mjólk II er með sama hætti og til Mjólkurbúsins. Ber að áréttta að afurðarstöðvar Mjólkurbúsins og Mjólk II voru við sömu götu í Hafnarfirði á þeim tíma.

Það er því mat Samkeppniseftirlitsins að það sé með öllu óeðlilegt að miða verðlagningu á ógerilsneyddri hrámmjólk til Mjólk I og síðar Mjólkurbúsins á heilðsölustigi við gjaldskrá verðlagsnefndar búvöru sem gefin er út vegna sölu á gerilsneyddri mjólk í lausu máli. Með því hefur Mjólkurbúið og áður Mjólk I þurft að greiða MS verulega hærra verð fyrir nauðsynlegt hráefni til vinnslu mjólkurafurða samanborið við sölu MS á sambærilegu hráefni til eigin vinnslu og tengdra aðila þ.e. KS og Mjólk II. Þeirri tilhögun virðist hafa verið komið á í þeim eina tilgangi að skerða getu Mjólk I og síðar Mjólkurbúsins til þess að keppa við MS, KS og Mjólk II á markaði fyrir sölu mjólkurafurða.

Samkvæmt framansögðu er sala MS á hrámmjólk til Mjólk II og Mjólkurbúsins (og Mjólk I) samskonar viðskipti í skilningi c. liðar 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Einnig liggur fyrir að viðskiptakjör Mjólkurbúsins og Mjólk I hafa verið ólík þeim sem fyrirtæki innan MS samstæðunnar hafa notið. Þá telur Samkeppniseftirlitið að MS hafi ekki sett fram nein rök sem geti réttlætt þessa mismunun í verði. Það er því mat Samkeppniseftirlitsins að verðlagning MS á hrámmjólk til Mjólkurbúsins og þar áður Mjólk I hafi verið of há samanborið við verðlagningu hennar til keppinauta félaganna, þ.e. MS, KS og Mjólk II, og feli í sér óeðlilegan mismunun.



Í c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga er einnig vísað til þess að mismunun leiði til þess að samkeppnisstaða sé veikt. Ljóst er að ef viðskiptavinir markaðsráðandi fyrirtækis eru keppinautar er sala á sömu vöru til þeirra á mismundandi verði ljóslega til þess fallin að raska samkeppnisstöðu þess viðskiptavinar sem þarf að greiða hærra verð. Ekki er hér gerð krafa um að sýnt sé fram á áþreifanlega veikingu á samkeppnisstöðu heldur dugar að mismununin sé til þess fallin eða hafi tilhneigingu til þess að raska samkeppni, sbr. umfjöllun í kafla IV. 1.2 hér að framan. Hér ber og að líta til þess að í máli áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 8/2006 hélt Osta- og smjörsalan því fram að samkeppnisstaða Mjólku I hefði ekki verið veikt vegna mismununar og því hafi ekki verið um brot á 11. gr. að ræða. Í þessu sambandi var bent á að Mjólka I og Ostahúsið væru ekki í samkeppni, en fyrirtækin seldu ólíkar vörur. Áfrýjunarnefndin féllst ekki á þetta. Vísaði nefndin til gríðarlegrar sterkrar stöðu Osta- og smjörsölnunnar á markaði og benti m.a. á „*að jafnvel tiltölulega lítilvæg röskun komi því fremur til álita sem aðstæður nálgast meir einokun.*” Hér ber og að áréttu að það er talið skýrt dæmi um ólögmeta mismun þegar markaðsráðandi fyrirtæki selur tengdu fyrirtæki hráefni á lægra verði heldur en keppinauti hins tengda fyrirtækis býðst.⁵⁰

Osta- og smjörsalan er nú hluti af MS og staða MS á markaði í þessu máli heggur nærri einokun. Þá skiptir hér máli að Mjólka I og síðar Mjólkurbúið voru keppinautar MS og tengdra fyrirtækja, sbr. nánar hér á eftir.

Mjólkurbúið (og Mjólka I) annars vegar og MS, KS og Mjólka II hins vegar eru fyrirtæki sem kaupa hrámjólk og framleiða úr henni margskonar mjólkurafurðir. Leiðir af sjálfu sér að hrámjólk er eitt mikilvægasta hráefni þessara fyrirtækja. Verulegur verðmunur á þessu hráefni er því til þess fallinn að hafa umtalsverð áhrif á samkeppnisrekstur þess fyrirtækis sem þarf að borga hærra verð en aðrir kaupendur á hrámjólk.

Mjólkurbúið framleiðir mygluosta, rifinn ost, sýrðan rjóma, majónes og ýmsar sósur. Á meðan Mjólka var ótengd MS var stærsta framleiðsluvara félagsins rifinn ostur en sala hans var þá um tveir þriðju hlutar af veltu félagsins. Mjólka I framleiddi á þeim tíma einnig feta ost, sýrðan rjóma og skyrtertúr. Í dag framleiðir Mjólka II feta ost, sýrðan rjóma og skyr og er með umboðssölu fyrir rifinn ost frá MS/KS. Þannig er Mjólkurbúið í samkeppni við framleiðslu Mjólku II á sýrðum rjóma og rifnum osti sem Mjólka II er með umboðssölu fyrir frá MS/KS.

Eins og fram kemur í umsögn MS þá færðist Mjólka II undir framleiðsluskipulag MS/KS eftir kaup KS á félaginu sem tóku gildi á árinu 2009. Við það færðist stærsta vinnslulína Mjólku II, rifostaframleiðsla, til Mjólkurbús MS á Egilsstöðum. Loks var skyrkökuframleiðslu Mjólku II útvistað til MS. Sökum m.a. þessa lítur MS á KS og Mjólku II sem einn aðila í samstarfi MS við félagið. MS hefur einnig rökstutt að félagið, KS og Mjólka séu ein „*viðskiptaleg heild*” og þau tilheyri sömu samstæðu. Samkvæmt þessu verður að leggja til grundvallar að Mjólkurbúið (áður Mjólka I) sé í raun í samkeppni við öll framangreind félög, þ.e. MS, KS og Mjólku II, við vinnslu og sölu mjólkurafurða.

Sú verðmismunun sem Mjólka I og síðar Mjólkurbúið sættu af hálfu MS var veruleg. Þurftu þessi fyrirtæki að borga verð sem var allt að 17% hærra en það verð sem fyrirtæki

⁵⁰ Sjá Bellamy & Child, European Union Law of Competition, sjöunda útgáfa 2013, bls. 802.



tengd MS nutu. Verðmunurinn var allt að 21% gagnvart afurðastöðvum MS. Í úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 1/2013, *Sorpa bs. gegn Samkeppniseftirlitinu*, var talið að allt að 18% verðmunur hafi farið gegn c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga.

Eins og nánar verður rökstutt er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að þau sjónarmið sem MS hefur sett fram geti ekki haggð framangreindu mati.

Með hliðsjón af öllu framangreindu er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að MS hafi mismunað Mjólkurbúinu og þar áður Mjólku I í verði á hrámjólk. Eins og frammar er getið er ekki unnt að réttlæta verðmismunun MS með vísun til ákvæða búvörulaga. Eins hefur það ekki verið hlutverk verðlagsnefndar búvöru að ákveða heildsöluverð á ógerilsneyddri hrámjólk til afurðastöðva í mjólkuriðnaði og er því verðlagning MS alfarið á ábyrgð félagsins. Einnig liggur fyrir í málinu að ólíkur kostnaður eða önnur málefnaleg sjónarmið geta ekki réttlætt þann mun sem var á verði MS til tengdra og ótengdra fyrirtækja.

Hrámjólk er grundvallar hráefni til vinnslu mjólkurafurða og hefur mismunun í verði hennar augljós áhrif á möguleika þess fyrirtækis sem sætir mismunun til þess að keppa. Keppinautar MS þurftu því ekki aðeins að sæta því að markaðsráðandi fyrirtæki beitti þá mismunun í verði heldur einnig að félög tengd MS fengju þetta hráefni á mun lægra verði sem var til þess fallið að veita þeim verulegt samkeppnisforskot gagnvart Mjólkurbúinu og áður Mjólku. Með þessu móti var geta Mjólku I og Mjólkurbúsins til þess að keppa við MS, KS og Mjólku II á markaði fyrir sölu mjólkurafurða skert með alvarlegum hætti og markaðsráðandi staða MS samstæðunnar varin.

Er það því niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að MS hafi með alvarlegum hætti brotið gegn c. lið 11. gr. samkeppnislaga. Brotatímabil í þessu máli er frá árinu 2008 til ársloka 2013.

3.4 Nánar um sjónarmið MS

MS hefur sett fram margvísleg sjónarmið til stuðnings því að aðgerðir fyrirtækisins hafi ekki brotið í bága við 11. gr. samkeppnislaga. Eins og nánar verður lýst eru þau þess eðlis að þau geta ekki breytt því mati Samkeppniseftirlitsins að fyrirtækið hafi ekki hagað sér í samræmi við þær ríku skyldur sem ákvæði 11. gr. samkeppnislaga leggja á það og misnotað með alvarlegum hætti markaðsráðandi stöðu sína.

3.4.1 Um skyldur MS samkvæmt samkeppnislögum o.fl.

Eins og fram kemur í kafla IV 1.3 hér að framan heldur MS því fram að í EES/ESB samkeppnisrétti séu úrlausnir um brot gegn hliðstæðu ákvæði c. liðar 11. gr. samkeppnislaga, sem byggja eingöngu á því að fyrirtæki hafi mismunað viðskiptavinum á frálíggjandi mörkuðum, afar sjaldgæfar. MS tekur fram að stofnanir ESB hafi í öllum meginatriðum veigrað sér við að beita samsvarandi ákvæði og c. lið 11. gr. samkeppnislaga þegar eingöngu sé um að ræða mismunandi verð til jafnsettra viðskiptavina. Bent er á að verðmismunun sé algengt fyrirbæri í viðskiptalífnum og sé í flestum tilvikum ekki samkeppnishamlandi. Ströng bannregla við verðmismunun myndi líklega leiða til hækunar verðs, aukins jarðvegs fyrir samhæfðar aðgerðir og kæmi í veg fyrir að fyrirtæki gætu samið sérstaklega um kaup og kjör. MS tekur fram að í þeim



málum þar sem komist hafi verið að því að um brot hafi verið að ræða vegna hreinnar verðmismununar hafi flest málanna átt eftirfarandi sammerkt:

„Hið markaðsráðandi fyrirtæki er óhjákvæmilegur viðsemjandi hinna hliðsettu viðskiptavina á frálíggjandi markaði, annað hvort vegna þess að það er í raunverulegri einokunarstöðu eða að viðskiptavinirnir eiga engra annarra kosta vól en að kaupa hátt hlutfall af vörunni af hinu markaðsráðandi fyrirtæki. Mismununin verður einnig að vera umtalsverð (e. significant), þ.e. viðskiptavinurinn sem er mismunandi verður að greiða umtalsvert hærra verð fyrir vöruna en hinn viðskiptavinurinn. Kostnaðurinn við kaup á vörunni verður einnig að vera stór hluti af heildarkostnaði (e. total cost) viðskiptavinarins. Þá verður mismununin að vera viðvarandi yfir tiltekið tímabil og verður þannig að geta haft meira en einungis léttvæg áhrif á starfsemi viðskiptavinarins.“

Tekur MS fram að Mjólkurbúið sé afurðastöð og geti keypt hrámjólk af bændum milliliðalaust. Að mati MS byggir Samkeppniseftirlitið einfaldlega á því að einhver munur á verði til viðskiptavina nægi til þess að brotið sé gegn c. lið 11. gr. samkeppnislaga. MS kveðst ekki vera í einokunarstöðu og félagið fái ekki séð að greining hafi farið fram á heildarkostnaði Mjólkurbúsins og hlutfalli innkaupakostnaðar á hrámjólk eða áhrifum verðlagningarinnar á fyrirtækið. Í því sambandi nefnir MS að Mjólkurbúið nýti hrámjólkina eingöngu við framleiðslu á einni tiltekinni vöru í framleiðslulínu fyrirtækisins þ.e. framleiðslu mygluosta sem hafi mjög háa framlegð.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að ekki hafi verið nægileg umfjöllun um ætlað brot MS í andmælaskjali eftirlitsins enda var m.a. vísað til fordæma í málum sem varða brot á c. lið 11. gr. samkeppnislaga, sbr. einnig umfjöllun í kafla IV 1.3 hér að framan. Í því sambandi má nefna umfjöllun um úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2006, *Osta- og smjörösalan sf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Í máli Osta- og smjörösalunnar reyndi m.a. á gildissvið samkeppnislaga í tengslum við undanrennuduft sem verðlagt er af verðlagsnefnd búvöru. MS ætti því að vera vel kunnugt um ákvæði c. liðar 11. gr. samkeppnislaga þar sem Osta- og smjörösalan var m.a. í eigu félagsins.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á það með MS að Mjólk I og síðar Mjólkurbúið séu jafnsett hinu markaðsráðandi MS og afurðastöðvum þess sem jafnframt er í framleiðslusamstarfi við tengda aðila og býr yfir mun meiri stærðarhagkvæmni að auki í slíku samstarfi. Eins og segir á heimasíðu MS er félagið rekstrarfélag mjólkuriðnaðarins í eigu rúmlega 700 bænda um land allt. Eftir að MS keypti innvigtunarbúnað Mjólk I og mjólkurbíla félagsins á árinu 2008 var félagið óhjákvæmilega háð MS um hrámjólk til starfsemi sinnar. Að auki er MS bundin nánnum eignatengslum við flest alla mjólkurframleiðendur landsins eins og framar segir og var augljóslega í yfirburðastöðu á rannsóknartímabili málsins. Til að styrkja það samband voru gerðir sérstakir viðskiptaskilmálar við mjólkurframleiðendur í þeim tilgangi að öll mjólk færi til MS og tengdra félaga eins og framar segir. Af öllu framangreindu má sjá að sjálfstæðar afurðastöðvar eins og Mjólkurbúið og Mjólk I eru og hafa verið háðar MS um hráefni til þess að geta keppt á markaði fyrir mjólkurafurðir.



Eins og fram kemur í þessari ákvörðun var mismunun MS í verði hrámjólkur til Mjólku I og síðar Mjólkurbúsins umtalsverð eða allt frá 9,05% allt upp í 17,39% á tímabilinu 2008 til ársins 2013 og hefur því verið viðvarandi til langs tíma. Um er að ræða grundvallarhráefni sem er uppistaðan í framleiðslu afurðastöðva og því stór hluti kostnaðar þeirra. Framangreind verðmismunun hefur augljóslega áhrif á hvaða mjólkurafurðir Mjólkurbúið hefur framleitt sem keppinautur MS og tengdra félaga á mjólkurmarkaði. Mjólkurbúið hefur þurft að velja framleiðslu á mjólkurafurðum sem gefa mestu framlegð m.v. það verð á hrámjólk sem félagið hefur fengið keypta af MS. Verðlagning MS og tengdra aðila hefur orðið til þess að Mjólkurbúinu hefur ekki gefist kostur á að keppa í sölu á vörum með lága framlegð og eðlilega ekki getað keppt við MS um sölu á gerilsneyddri mjólk til vinnsluaðila sem ekki eru afurðastöðvar í mjólkuriðnaði, eins og t.d. Vífilfell sem notar mjólkina til íblöndunar fyrir ýmsa mjólkurdrykki, sbr. Hámark og Kappa sem dæmi. Þetta er vegna þess að MS hefur selt Mjólkurbúinu ógerilsneydda hrámjólk á verði gerilsneyddrar neyslumjólkur þ.e. á sama verði og hún hefur verið t.d. seld Vífilfelli. MS hefur þannig verðlagt hrámjólk til Mjólkurbúsins og áður Mjólku I út frá verðlagningu verðlagsnefndar búvara á gerilsneyddri mjólk í lausu máli.

Samkvæmt þessu fellst Samkeppniseftirlitið ekki á það með MS að framangreind atriði leiði til þess að sú mismunun, sem Mjólka I og síðar Mjólkurbúið voru beitt, fari ekki gegn c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga.

3.4.2 Um að verðlagning á hrámjólk hafi ekki verið rannsökuð nægjanlega

MS segir að Samkeppniseftirlitið gefi sér á hvaða verði miðlun hrámjólkur hafi átt sér stað til KS samanborið við Mjólku I. Það sé gert án þess að rannsaka það sérstaklega hvort og á hvaða verði hrámjólk hafi verið miðlað til KS og hvort KS hafi verið að framleiða sömu vörur og Mjólka I eða hvernig samstarfi KS og MS hafi verið háttáð á þessum tíma.

Brotið sem MS sé gefið að sök í andmælaskjali sé verðmismunun skv. c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. MS segir það grundvallaratriði við rannsókn á verðmismunun að bornir séu saman tveir mismunandi aðilar. Að mati MS virðist Samkeppniseftirlitið einfaldlega bera saman verðlagningu til Mjólku I við breytingar á verði samkvæmt útreikningi verðlagsnefndar búvöru. Það telji MS vera ófullnægjandi rannsókn af hálfu Samkeppniseftirlitsins.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Ekki er unnt að fallast á að Samkeppniseftirlitið gefi sér á hvaða verði miðlun hrámjólkur hafi átt sér stað til KS samanborðið við Mjólku I. Í þessu sambandi verður að vísa til þess sem MS hefur sjálf upplýst um verð á hrámjólk sem miðlað er á milli tengdra aðila og til keppinauta félagsins. Í bréfi MS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 7. janúar 2013 segir um framangreint:

„Auðhumla svf./ Mjólkursamsalan ehf. og Kaupfélag Skagfirðinga svf. vigta beint inn mjólk frá bændum og eru afurðastöðvar í skilningi laga. Hluti af sameiginlegri framleiðslustýringu þeirra og dótturfélaga þeirra er að félögin



vinna á sama mjólkurverðsgrunni, þ.e.a.s. lágmarksverði til bænda og miðla mjólk á milli sín á því verði."

Samkeppniseftirlitið felst ekki heldur á þá staðhæfingu MS að rannsókn Samkeppniseftirlitsins í þessu máli hafi takmarkast við samanburð við verðlagningu MS á hrá mjólk til Mjólkú II og breytinga á verði verðlagsnefndar búvöru enda var rannsóknin byggð á upplýsingum MS og öðrum gögnum málsins.

Eins og fram hefur komið hjá MS hefur verðlagning félagsins tekið mið af mjólk í lausu máli til Mjólkú I og síðar Mjólkurbúsins. Nærtækt er að vísa í samning sem MS gerði við Mjólkú þann 1. mars 2008 en þar segir:

„MS mun selja MJÓLKU eftirtaldar mjólkurvörur í lausu máli:

- 1.1 Nýmjólk í lausu máli 63,00*
- 1.2 Undanrenna í lausu máli 63,00*
- 1.3 Rjómi í lausu máli 561,68*

Viðmiðunarverð umræddra vara (1.1 – 1.3) skal taka hlutfallslegum breytingum skv. opinberri verðskrá mjólkurvara á heildsölustigi eins og hún er auglýst hverju sinni. Frá skráðum verðum, sbr. opinbera verðskrá Verðlagsnefndar búvöru, Veitir MS MJÓLKU 2,7% afslátt af keyptu magni vara 1.1-1.3"

Í d-lið samningsins segir eftirfarandi:

„MS mun afhenda mjólk, sbr. 1. gr. 1.1 -1.3, skilvindhreinsaða og gerilsneydda skv. ákvæðum reglugerðar nr. 919/2002 um mjólk og mjólkurvörur. Óski MJÓLKA eftir ógerilsneyddri eða forhitaðri mjólk skal það útfært af samningaðilum eftir tæknilegum aðstæðum hverju sinni."

Framangreindur d-liður var settur inn vegna Vífilfells sem þá átti 48,2% í Mjólkú I en Mjólkú I seldi félaginu, áður en til þessa samnings MS og Mjólkú kom, ógerilsneydda mjólk í lausu máli til íblöndunar fyrir drykkina Kappa og Hámark. Síðasti reikningur Mjólkú I til Vífilfells fyrir mjólk í lausu máli var dagsettur 31. mars 2008 og frá og með þeim tíma var, eins og gefur að skilja, ekki lengur grundvöllur fyrir þeim viðskiptum vegna framangreindrar verðlagningar MS á hrá mjólk til Mjólkú I. MS hóf í kjölfar samningsins við Mjólkú I að selja Vífilfelli ógerilsneydda mjólk en Mjólkú I fékk ávallt afhenta ógerilsneydda mjólk til vinnslu eigin mjólkurafurða. Þrátt fyrir afhendingu á ógerilsneyddri mjólk til Mjólkú I þá kemur hvergi fram í samningnum að verðið breytist við það heldur var sagt að einungis væri um tæknilega útfærslu að ræða hjá MS eins og segir í d-lið samnings MS við Mjólkú I hér að framan.

MS hefur auk þess ekki haldið því fram að það verð sem fram kom í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins sé rangt enda byggja þessar verðupplýsingar á skýringum og gögnum sem MS hefur m.a. lagt til í þessu máli.



3.4.3 Um samskonar viðskipti

MS heldur því fram að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2006 geti ekki haft fordæmisgildi í þessu máli að því er varðar skilyrðið um sambærileika viðskipta. MS segir að í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, sem staðfest var af áfrýjunarnefnd samkeppnismála í þessum úrskurði, hafi verið komist að þeirri niðurstöðu að Osta- og smjörölsalan hefði selt Ostahúsinu og Mjólku I undanrennuduft á verði til iðnfyrirtækja annarra en þeirra sem framleiða mjólkurvörur. Síðar hefði Mjólka verið krafín um hefðbundið heilðsöluverð en sambærileg leiðrétting hafi ekki verið gerð gagnvart Ostahúsinu. Mismununin hafi verið til þess falin að veikja samkeppnisstöðu Mjólku I gagnvart keppinautum og því hafi Samkeppniseftirlitið og áfrýjunarnefndin talið að um brot gegn c. lið 11. gr. samkeppnislaga hefði verið að ræða.

MS segir að í máli Osta- og smjörölsölnnar hafi ekki verið deilt um að samskonar viðskipti hefðu átt sér stað á milli Osta- og smjörölsölnnar og viðskiptavina fyrirtækisins. Þar hafi enda verið um að ræða samanburð Samkeppniseftirlitsins á tveimur viðskiptavinum algerlega ótengdum Osta- og smjörölsölnni. Að mati MS séu viðskipti MS og Mjólku II í þessu máli hins vegar innan fyrirtækjasamstæðu sem eigi í framleiðslusamstarfi á grundvelli 71. gr. búvörulaga. Því sé ljóst að atvik horfi öðruvísi við í þessu máli en í máli Osta- og smjörölsölnnar. Ekki sé nóg að um samskonar vöru sé að ræða að mati MS heldur þurfi viðskiptin að vera samskonar. Það feli í sér ítarlegri greiningu á viðskiptasambandi, aðstæðum og atvikum við kaup.

MS segir að dómstólar ESB hafi litið til ýmissa þátta við þetta mat, þ.m.t. einkenna varanna, kostnaðar, viðskiptalegs samhengis, stöðu viðskiptavina og tímasetningar viðskiptanna. Með hliðsjón af framangreindu segir MS að jafnvel þótt að um sé að ræða sambærilega vöru í báðum tilfellum, þ.e. hrámjólk, þá sé staða MS gagnvart Mjólku II annars vegar og Mjólkurbúinu hins vegar á allan hátt gjörólík.

Til nánari skýringa á framangreindu segir MS að jafnvel þótt fallist sé á að 71. gr. búvörulaga heimili afurðastöðvum ekki að grípa til aðgerða sem fari gegn 11. gr. samkeppnislaga þá verði Samkeppniseftirlitið eftir sem áður að meta hverju sinni hvort háttsemi fyrirtækja uppfylli efnisskilyrði ákvæðisins til þess að hún teljist brotleg. MS tekur fram í því sambandi að Mjólka II sé hluti af framleiðslusamstarfi með MS og KS á grundvelli 71. gr. búvörulaga. Mjólkurbúið sé hins vegar sjálfstæður aðili á almennum markaði og fyrirtækið sé algerlega ótengt framleiðslusamstarfi MS/KS/Mjólku II. Framleiðslusamstarfið felist í sérhæfingu við framleiðslu einstakra mjólkurvara og miðlun hráefnis milli félaganna á verði mjólkur sem svari til lágmarksverðs til bænda hverju sinni. Samstarfið feli einnig í sér ýmsar aðgerðir til þess að halda niðri kostnaði við framleiðslu, geymslu og dreifingu mjólkurafurða. Annað gildi um afurðastöðvar á borð við Mjólkurbúið sem standi utan við framleiðslusamstarf MS, KS og Mjólku II. Slík félög þurfi að greiða heilðsöluverð fyrir þá mjólk sem þau kaupi af MS.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Í þessu máli er ekki um það deilt að MS seldi samskonar ógerilsneydda hrámjólk til Mjólku I og síðar Mjólkurbúsins á hærra verði en því sem gildi gagnvart tengdum aðilum. Ekki er heldur um það deilt að bændur greiði flutning hráefnisins í afurðastöð og hefur hér ekki þýðingu að MS, KS og Mjólka II hafi með sér samstarf sem felst í verkaskiptingu



um framleiðslu á einstökum mjólkurafurðum, geymslu þeirra og dreifingu á grundvelli búvörulaga. Umrædd verkaskipting varðar vinnslu mjólkurafurða eftir að viðkomandi hráefni er komið í afurðastöð og ráðstöfun afurða í þeim tilgangi að halda niðri kostnaði. Sala á hrámjólk í afurðastöð á því ekki að hafa áhrif á verðlagningu á því hráefni sem um ræðir þannig að hún réttlæti mismunun gagnvart keppinauti. Umrætt samstarf á að skila MS, KS og Mjólku II verulegu viðbótar forskoti á markaði gagnvart keppinautum sem felst í aukinni stærðarhagkvæmni og hagræðingu í vinnslu, birgðahaldi og sölu mjólkurafurða umfram það sem fyrir er. Það er til þess fallið að hafa sérstaklega skaðleg áhrif á samkeppni að fyrirtæki sem njóta slíks forskots beiti smáan keppinaut, sem er að reyna að ná fótfestu á markaði fyrir vinnslu á mjólkurafurðum, verulegri mismun í verði á mikilvægu hráefni. Er slík hegðun í andstöðu við markmið samkeppnislaga, sbr. c. lið 1. gr. samkeppnislaga.

Hér ber og að hafa í huga að ólögmæt mismunun getur átt sér stað bæði í þeim tilvikum þegar viðskiptavinir eru ótengdir hinu markaðsráðandi fyrirtæki og þegar sá aðili sem nýtur betra verðs er hluti af hinu markaðsráðandi fyrirtæki eða tengdur því að öðru leyti. Í seinna tilvikinu hyglir markaðsráðandi fyrirtæki tengdu fyrirtæki og dregur úr getu ótengda fyrirtækisins til að veita virka samkeppni. Að öllu jöfnu er slík aðstaða skýrt dæmi um ólögmæta mismunun, sbr. umfjöllun hér að framan. Þessi aðstaða er uppi í þessu máli. Mjólka I og síðar Mjólkurbúið voru keppinautar MS og tengdra fyrirtækja. Verðmismunun MS var því ljóslega til þess fallin að valda hinum ótengdu fyrirtækjum samkeppnislegu tjóni. MS getur því ekki borið fyrir sig í málinu að mikil samvinna við KS og Mjólku II heimili slíka mismunun. Eins og ítrekað hefur komið fram veitir 71. gr. búvörulaga MS ekki heimild til þess að fara gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Með hliðsjón af framangreindu fellst Samkeppniseftirlitið ekki á að sala MS á umræddu hráefni til afurðastöðvar Mjólkurbúsins og Mjólku I séu ekki samskonar viðskipti í skilningi samkeppnislaga og sala á sambærilegu hráefni í afurðastöð KS og Mjólku II.

3.4.4 Um ólíka skilmála

MS fellst á að félagið hafi selt hrámjólk á mismunandi verði til Mjólku II og Mjólkurbúsins og því sé um ólíka skilmála að ræða. Verðmunurinn skýrist hins vegar af ýmsum ástæðum (sbr. umfjöllun MS hér að framan um að ekki sé um samskonar viðskipti að ræða). Því sé verðmunurinn réttlætjanlegur á hlutlægan hátt að mati MS.

Tekið er fram að verðlagning MS á hrámjólk til Mjólkurbúsins og þar áður Mjólku I sé byggð á verði á mjólk í lausu máli sem sé ákvarðað af verðlagsnefnd búvöru að frádregnum afslætti. MS segir að ógerilsneydd mjólk sem seld sé frá afurðastöð lúti sama gæðaeftirliti og öll önnur mjólk og beri með öðrum orðum sömu kostnaðarliði og mjólk í lausu máli. Sá kostnaðarliður sem skilur á milli sé upphitun mjólkurinnar sem ekki sé framkvæmd á ógerilsneyddri mjólk. MS beri aftur á móti umsýslu- og dreifingarkostnað við það að halda hrámjólkinni aðskilinni frá mjólk í lausu máli. Að mati MS geti herra verð á ógerilsneyddri hrámjólk til Mjólkurbúsins og þar áður Mjólku I því verið fólgið í kostnaði vegna dreifingar og sölu til óskyldra aðila. Það sé því ekki óeðlilegt að verðlagning á hrámjólk til Mjólkurbúsins og Mjólku I miðist við verðlagningu á mjólk í lausu máli.



Mat Samkeppniseftirlitsins

MS staðfestir að gerilsneydd hrámjólk sé seld á mismunandi verði til Mjólkurbúsins og Mjólku II og því sé um ólíka skilmála að ræða. Viðurkennt er að verðlagningin byggir á verði á mjólk í lausu máli sem ákvarðað er af verðlagsnefnd búvöru að frádregnum afslætti. Þrátt fyrir nefndan afslátt er mismunur í verði á þessu mikilvæga hráefni fyrir afurðastöðvar í mjólkuriðnaði umtalsverður á milli þess sem Mjólka I og síðar Mjólkurbúið hafa þurft að greiða samanborið við það sem Mjólka II og afurðastöðvar KS og MS þurfa að greiða.

MS getur ekki réttlætt framangreinda mismunun með því einu að vísa til þess að kostnaður vegna dreifingar og sölu sé öðruvísi til óskyldra aðila. Sala og dreifing á ógerilsneyddri hrámjólk er með öllu sambærileg til Mjólkurbúsins og Mjólku II enda starfa bæði fyrirtæki í sömu götu í Hafnarfirði og fer afgreiðsla mjólkurinnar fram úr samskonar mjólkursöfnunarbílum MS. Þá hefur verðlagsnefnd búvara auk þess staðfest eftir að andmælaskjal í þessu máli var birt að verð á ógerilsneyddri hrámjólk eigi að vera töluvert lægra en á mjólk í lausu máli, sbr. umfjöllun hér að framan.

Ekki er því unnt að fallast á framangreind sjónarmið MS.

3.4.5 Um veikingu á samkeppnisstöðu

MS byggir á því að Samkeppniseftirlitið hafi ranglega haldið því fram að framkvæmd í samkeppnisrétti sýni að ekki þurfi mikið til að koma þannig að skilyrðið um veikingu samkeppnisstöðu í c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga teljist uppfyllt. Telur MS að gera verði strangari kröfur að þessu leyti og ekki sé um að ræða brot nema viðskiptavinir sem njóta mismunandi kjara séu raunverulegir keppinautar. Að öðrum kosti telji MS að útilokað sé að samkeppnisstaða viðskiptavinar sé veikt.

Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2006 geti ekki haft þýðingu fyrir úrlausn málsins hvað þetta skilyrði varðar. Þau sjónarmið sem hafi ráðið niðurstöðunni í því máli hafi síður en svo verið augljós og áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi látið nægja að víkja stuttlega að því að Samkeppniseftirlitið hefði fullnægt rannsóknarskyldu sinni. Í fyrirliggjandi máli verði að hafa hliðsjón af nýrri framkvæmd dómstóls ESB.

MS telji að Samkeppniseftirlitið verði að skilgreina aðliggjandi og fráliggjandi markaði málsins og stöðu aðila á viðkomandi mörkuðum. Það sem ráði úrslitum í þessu máli sé að Mjólka II og Mjólkurbúið geti ekki talist keppinautar á sama markaði í skilningi c. liðar 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Það sé vegna þess að Mjólkurbúið noti ekki hrámjólkina sem keypt sé af MS til framleiðslu á sömu mjólkurvörum og Mjólka II og séu því ekki á sama fráliggjandi markaði. Tekið er fram að Mjólkurbúið framleiði svokallaða Pizzablöndu, Sýrðan 10%, nokkrar gerðir mygluosta og ídýfur en grunnur þeirra sé Sýrður 10%. MS tekur fram að hvorki Pizzablanda né Sýrður 10% innihalda mjólk keypta af MS og það sé einungis mygluostar Mjólkurbúsins sem framleiddir séu úr hrámjólk. Sambærilegir mygluostar séu einungis framleiddir hjá MS í Búðardal og séu ekki framleiddir af Mjólku II. Því telji MS að samkeppnisstaða Mjólkurbúsins sé ekki veikt og ljóst að skilyrði c. liðar 11. gr. samkeppnislaga geti ekki talist uppfyllt.



MS geti ekki áttað sig á því á hvaða grunni Samkeppniseftirlitið telji að Mjólkurbúið sé í samkeppni við MS, KS og Mjólku II við vinnslu og sölu mjólkurafurða. Félagið segir að hægt sé að skilja það á tvennan hátt. Annars vegar að við mat á því hvort um veikingu samkeppnisstöðu viðskiptavina sé að ræða skuli líta til allra aðila í sitthvoru lagi, þ.e. MS, KS og Mjólku II og að félögin séu öll keppinautar Mjólkurbúsins á frálíggjandi markaði. Hins vegar eigi Samkeppniseftirlitið hér við að MS, KS og Mjólka II séu einn og sami aðilinn og þess vegna sé Mjólkurbúið í samkeppni við alla samstæðuna á frálíggjandi markaði. Að mati MS sé hvort tveggja röng nálgun. Varðandi fyrra tilfellið þá byggi allt andmælskjal Samkeppniseftirlitsins á þeirri grunnforsendu að verðmismunun sé milli fyrirtækjanna Mjólku II og Mjólkurbúsins í viðskiptum þeirra við MS. Það sé því einungis samkeppnisstaða Mjólku og Mjólkurbúsins sem hafi þýðingu í málinu. Því komi samkeppnisstaða Mjólkurbúsins gagnvart MS og KS málinu ekki við þar sem engin umfjöllun sé um starfsemi MS og KS á frálíggjandi markaði. Varðandi seinna tilfellið telji MS að ef Samkeppniseftirlitið líti svo á að MS, KS og Mjólka II séu einn og sami aðilinn þá geti ekki verið um verðmismun að ræða. Ef litið er á tengd félög með þeim hætti þá verði að nálgast háttsemi samstæðunnar á grundvelli misnotkunnar á markaðsráðandi stöðu með óhóflegri verðlagningu eða verðþrýstingi en það hafi ekki verið gert í andmælskjalinu.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Til þess að um brot á c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga geti verið að ræða þarf viðkomandi fyrirtæki að vera markaðsráðandi á þeim markaði þar sem salan á vörunni, sem er andlag mismununar, fer fram. Ekki er skilyrði að hið markaðsráðandi fyrirtæki sé keppinautur viðskiptavina sinna og því síður að það sé markaðsráðandi á markaði viðskiptavina sinna (ef það starfar þar). Krafa 11. gr. samkeppnislaga um skilgreiningu markaða og mat á stöðu fyrirtækja tekur því ekki til slíkra aðlígjandi eða frálíggjandi markaða.

Í ákvæðinu segir að misnotkun geti falist í því að viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum „og samkeppnisstaða þeirra þannig veikt.“ Eins og fram kom í kafla IV. 1.2 hér að framan hefur ákvæðið hvað veikingu samkeppnisstöðu viðskiptavina áhrærir verið túlkað með rúmum hætti. Ekki er hér gerð krafa um að sýnt sé fram á áþreifanlega veikingu á samkeppnisstöðu heldur dugar að mismununin sé til þess fallin eða hafi tilhneigingu til þess að raska samkeppni.⁵¹ Um brot getur verið að ræða þótt samkeppnisstaða viðkomandi viðskiptaaðila sé veikt með óbeinum hætti.⁵² Í dómi sínum frá 9. september 2009 í Clearstream málinu taldi

⁵¹ Í dómi dómstóls ESB frá 15. mars 2007 í máli nr. C-95/04, British Airways v Commission, segir í mgr. 144-145: „Therefore, in order for the conditions for applying subparagraph (c) of the second paragraph of Article 82 EC to be met, there must be a finding not only that the behaviour of an undertaking in a dominant market position is discriminatory, but also that it tends to distort that competitive relationship, in other words to hinder the competitive position of some of the business partners of that undertaking in relation to the others (see, to that effect, Suiker Unie, paragraphs 523 and 524).“

In that respect, there is nothing to prevent discrimination between business partners who are in a relationship of competition from being regarded as being abusive as soon as the behaviour of the undertaking in a dominant position tends, having regard to the whole of the circumstances of the case, to lead to a distortion of competition between those business partners. In such a situation, it cannot be required in addition that proof be adduced of an actual quantifiable deterioration in the competitive position of the business partners taken individually.“

⁵² Sjá t.d. Liza Lovdahl Gormsen, A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law, 2010 bls. 110.



undirréttur ESB fullnægjandi að vísa til þess að beiting verðmismununar af fyrirtæki sem var í raun í einokunarstöðu í fimm ár hefði óhjákvæmilega veikt samkeppnisstöðu viðkomandi viðskiptavinar.⁵³

Hér má áréttta að í máli áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 8/2006 hélt Osta- og smjörösalan því fram að samkeppnisstaða Mjólku I hefði ekki verið veikt vegna mismununar og því hafi ekki verið um brot á c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga að ræða. Í þessu sambandi var bent á að Mjólka I (sem greiddi hærra verð) og Ostahúsið væru ekki í samkeppni en fyrir lá að fyrirtækin notuðu undanrennuduft til þess að framleiða ólíkar vörur.⁵⁴ Samkeppniseftirlitið vísaði í málinu m.a. til yfirburðarstöðu Osta- og smjörösalunnar á markaði og að eigendur fyrirtækisins (m.a. MS) væru í beinni samkeppni við Mjólku I. Áfrýjunarnefndin féllst ekki á sjónarmið Osta- og smjörösalunnar. Vísaði nefndin til gríðarlegrar sterkrar stöðu Osta- og smjörösalunnar á markaði og benti m.a. á „að jafnvel tiltölulega lítilvæg röskun komi því fremur til álita sem aðstæður nálgast meir einokun.“ Taldi nefndin að Mjólku I og Ostahúsinu hefði verið mismunað með ólíkum skilmálum í samskonar viðskiptum og af því hefði leitt skerðingu „á samkeppnisstöðu umræddra viðskiptaaðila, í merkingu umgetins ákvæðis samkeppnislaga.“ Í þessu máli liggur hins vegar fyrir að viðkomandi viðskiptaaðilar MS hafa framleitt og selt samskonar mjólkurvörur, sbr. nánar hér á eftir.

Í andmælaskjalinu kom fram að Samkeppniseftirlitið líti svo á „að Mjólkurbúið sé í samkeppni við öll framangreind félög, þ.e. MS, KS og Mjólku, við vinnslu og sölu mjólkurafurða.“ Einnig sagði að verðmismununin hefði leitt til þess að geta Mjólkurbúsins (og áður Mjólku I) til þess að keppa við MS, KS og Mjólku II á markaði fyrir sölu mjólkurafurða hafi verið „skert með alvarlegum hætti og markaðsráðandi staða MS samstæðunnar varin.“ Ekki er því unnt að fallast á með MS að andmælaskjalið hafi verið óljóst að þessu leyti. Ekki er heldur unnt að fallast á það með MS að ólögmaet verðmismunun geti ekki verið fyrir hendi þegar sá aðili sem nýtur hennar er hluti af hinu markaðsráðandi fyrirtæki eða tengdur því. Þvert á móti er slík verðmismunun skýrt dæmi um brot af þessum toga, sbr. umfjöllun hér að framan.⁵⁵

Í málinu liggur fyrir að MS er í einstakri yfirburðarstöðu sem heggur nærri einokun á markaðnum fyrir heildsölu á hefðbundinni hrá mjólk. Hér að framan var það rökstutt að

⁵³ Mál nr. T-301/04, sjá mgr. 194: „In the present case, the application to a trading partner of different prices for equivalent services continuously over a period of five years and by an undertaking having a de facto monopoly on the upstream market could not fail to cause that partner a competitive disadvantage.“

⁵⁴ Þessum sjónarmiðum Osta og smjörösalunnar lýst svo í úrskurði áfrýjunarnefndar: „Í þessu sambandi vísar áfrýjandi einnig til þess að samkvæmt c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga sé það efnisskilyrði að til þess að mismunandi viðskiptaskilmálar, hér verð, til viðskiptaaðila í sams konar viðskiptum geti talist misnotkun á markaðsráðandi stöðu þá verði það að leiða til þess að veikja samkeppnisstöðu viðkomandi aðila – „... og veikja þannig samkeppnisstöðu þeirra ...“ Telur áfrýjandi að af hálfu Samkeppniseftirlitsins virðist ekki hafa farið fram nein athugun eða rannsókn á markaðsstöðu þeirra aðila sem í hlut eigi, hvaða vöru þeir hafi verið að framleiða og selja á þeim tíma sem gæti skipt máli eða hvort hægt sé að halda því fram að þeir hafi yfirhöfuð verið í einhverri samkeppni. Samkeppniseftirlitið hafi hér ekki sinnt rannsóknarskyldu sinni samkvæmt 10. gr. stjórnsýslulaga. Vísar áfrýjandi til þess að Mjólka og Ostahúsið hafi ekki verið í beinni samkeppni á þessum tíma. Samkvæmt gögnum málsins hafi fetaostur verið eina framleiðsluvara Mjólku, en Ostahúsið hafi ekki framleitt fetaost.“

⁵⁵ Sjá einnig Bellamy & Child, European Union Law of Competition, sjöunda útgáfa 2013, bls. 802: „Price discrimination which lacks objective justification and places one customer of the dominant firm at a competitive disadvantage as against that customer’s competitors is likely to be an abuse, particularly if the advantaged customer is vertically integrated with the dominant supplier.“



Mjólkurbúið hafi í raun verið í samkeppni við MS, KS og Mjólku II við vinnslu og sölu mjólkurafurða. Þar áður var Mjólka I með sama hætti í samkeppni við bæði MS og KS. Allt eru þetta fyrirtæki sem kaupa hrámjólk og framleiða úr henni mjólkurafurðir. Þá liggur fyrir að hluta til er um að ræða samskonar afurðir. Nefna má hér Mygluost, rifinn ost, feta ost og sýrðan rjóma.

Nánar tiltekið varðandi framangreinda skörun í vöruframboði ber að hafa í huga að rannsóknartímabil málsins nær aftur til þess tíma þegar Mjólka I var starfandi á markaðnum. Því ber að taka mið af framleiðslu Mjólku I sem keppti við framleiðsluvörur MS og KS á þeim tíma. Í öðru lagi ber að taka mið af framleiðslu Mjólkurbúsins sem keppti við framleiðslu MS, KS og síðar Mjólku II. Þessi þrjú félög, sem óumdeilt er að mynda eina samstæðu, hafa átt í viðamiklu samstarfi á ýmsum stigum framleiðslunnar eins og því er lýst í athugasemdum MS.⁵⁶ Með umfangsmiklu samstarfi MS, KS og Mjólku II í framleiðslu, pökkun, dreifingu og markaðssetningu keppa félögin sameiginlega við Mjólku I og síðar Mjólkurbúið um sölu á sambærilegum mjólkurafurðum í þessu máli, sbr. nánar hér á eftir. MS segir að verkaskipting félaganna hafi falist í skiptingu á því hvor aðilinn annaðist framleiðslu og pökkun á mjólkurvörum fyrir innanlandsmarkað m.a. á eftirtöldum vöruflokkum:

Framleiðsla og pökkun	
Drykkjarmjólk s.s. nýmjólk, léttmjólk o.fl.	MS
Sýrðar skyr- og jógúrtvörur	MS/KS/Mjólka II
Hefðbundnir ostar (brauðostar)	MS- KS
Mygluostar	MS
Rjómaostar (og rjómaostakökur)	MS
Aðrir sérostar (fetaostur/Mozzarellakúlur)	MS/ KS/Mjólka II
Viðbit (smjör, smjörvi og léttviðbit)	MS- KS
G- vara	MS
Mjólkurduft (undarennu-, nýmjólkurduft og kálfaf.)	MS
Mozzarella framleiðsla fyrir rifost	MS
Bitapökkun á osti	MS
Sneiðapökkun á osti	MS
Rifostapökkun	KS

Fyrirtækin skipta framleiðslu og pökkun þessara vöruflokka á milli sín. Sölu- og markaðsstarfið fer fram hjá MS bæði fyrir ferskvörur og birgðavörur (ost, duft og viðbit) sem áður var sinnt af Osta- og smjörsölunni en þar var sölustarfsemi fyrir

⁵⁶ Í athugasemdum MS er greinargóð lýsing á framangreindu samstarfi félaganna. Fram kemur að fyrir stofnun MS þann 1. janúar 2007 hafi engu að síður verið mjög mikið samstarf á milli KS og MS. Samstarf var m.a. í sölu- og markaðsmálum í gegnum Osta- og smjörsöluna (OSS) með sameiginlegri birgðastjórnun í landinu m.t.t. móttöku og með vinnslustýringu mjólkurvara í gegnum SAM. OSS annaðist pökkun, sölu og dreifingu á viðbiti og ostum og jafnframt auglýsingar og markaðsstarf fyrir þá vöruflokk. Eftir stofnun MS varð samstarfið enn tengdara en áður með frekari sameiningum, sameiginlegum rekstri og sameigna í félögum. MS annast t.d. alla markaðssetningu, auglýsingagerð, sölu og dreifingu á landsvísi m.a. á framleiðsluvörum KS. KS eignaðist síðan Mjólku í árslok 2009 sem leiddi til frekari verkaskiptingar MS, KS og Mjólku í eigu KS.



framleiðsluvörur KS og það fyrirtæki var einn eiganda Osta- og smjörslunnar. Við lokun Osta- og smjörslunnar var starfseminni skipt á milli aðila.

Eins og gefur að skilja átti Mjólka I og síðar Mjólkurbúið í samkeppni við framleiðslu MS, KS og Mjólku II í eigu KS enda skiptu félögin framleiðslu, pökkun, dreifingu og sölu mjólkurafurða á milli sín eftir atvikum eins og framfar er getið. Á eftirfarandi yfirliti má sjá megin framleiðslu mjólkurafurða Mjólku I og síðar Mjólkurbúsins og fjölda tegunda í hverri afurð fyrir sig sem framleiddar voru hjá þessum tveimur fyrirtækjum. Til samanburðar má sjá hvar sambærilegar afurðir eru framleiddar hjá tengdum aðilum í samstarfi, þ.e. MS, KS og Mjólku II sem keppa og kepptu við afurðir Mjólkurbúsins og áður Mjólku I á markaði.

Mjólka I	Tegundir	Sambærileg framleiðsla hjá
Feti	20	MS
Kryddsmjör	3	MS
Sýrður rjómi	12	MS
Jógúrt	14	KS/MS
Súrmjólk	6	KS/MS
Skyr	6	MS
Skyrdessertar	4	MS
Mozzarella	8	KS
Rjóma	8	MS
Smurostur	3	MS
Bræddur ostur	2	MS
Rjómaostur	1	MS
Mjólk í lausu máli	3	MS
Mjólkurbúið		
Hvítmygluostar	4	MS
Blámygluostar	1	MS
Blá og hvítmygluostar	3	MS
Majónes	2	Vogabær í eigu KS
Ídýfur	4	Vogabær í eigu KS
Sýrður	4	MS/Mjólka II
Rifinn ostur	2	KS/MS/Mjólka II
Fetaostur	2	MS/Mjólka II
Kryddsmjör	2	MS/Mjólka II
Myglostur í olíu	4	MS

Að mati Samkeppniseftirlitsins er ljóst að fyrirtæki sem selja sömu vörur eins og fetaost, sýrðan rjóma og rifin ost (sem stillt er hlið við hlið í hillum matvöruverslana) eru keppinautar sem geta orðið fyrir veikingu samkeppnisstöðu ef grundvallarhræfni er selt



til þeirra á mismunandi verði.⁵⁷ Hér má einnig líta til þess sem fram kom í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 40/2009:

„Mjólka hóf starfsemi árið 2005 með framleiðslu á fetaosti. Hefur fyrirtækið síðan verið að auka hlutdeild sína í framleiðslu á ýmsum öðrum mjólkurafurðum, s.s. jógúrti, sýrðum rjóma, rifnum osti (pizzaosti), skyri og skyrtertum. Í áliti Samkeppniseftirlitsins nr. 1/2006 Opinberar samkeppnishömlur í mjólkuriðnaði kemur fram að sú samkeppni sem Mjólka veitti afurðastöðvum innan SAM gerði það að verkum að verð til framleiðenda mjólkur varð þeim mun hagstæðara svo og var verð neytenda lægra. Það liggur t.a.m. fyrir að eftir að Mjólka hóf að kaupa mjólk af bændum hafa greiðslur til bænda vegna kaupa á mjólk umfram greiðslumark hækkað. Að sama skapi var sýnt fram á það í álitinu að strax og Mjólka hóf vinnslu og sölu á fetaosti árið 2005 lækkaði verð á ostinum, bæði í heildsölu og smásölu. Íslenskum neytendum gafst þarna jafnframt tækifæri til að eiga um það valkost að geta keypt fetaost af tveimur framleiðendum í stað eins framleiðanda.

Af öllu framangreindu má hins vegar ljóst vera að samkeppni í mjólkuriðnaði á Íslandi hefur verið afar takmörkuð undanfarin ár á hinum skilgreindu mörkuðum. Þá hefur innflutningur hér á landi á mjólkurvörum verið afar takmarkaður með tollkvótum og á annan hátt, en innflutningur sem hlutfall af heildarframleiðslu er óverulegur. Samkeppnin hefur fyrst og fremst verið á milli Mjólkur og framangreinda fyrirtækja innan SAM. Hvorki íslenskir neytendur né bændur í mjólkurframleiðslu hafa því notið góðs af virkri samkeppni á umræddum mörkuðum nema af þessu takmarkaða leyti á meðan samkeppni frá Mjólkur naut við. Með sameiningu Mjólkur og KS er nú um einokun að ræða á íslenskum mjólkurmarkaði. Öll mjólkursamlög landsins eru nú sameinuð undir merkjum MS og KS, enda nán tengsl á milli félaganna, sbr. umfjöllun hér að framan. Félögin munu þannig fara með nærri 100% markaðshlutdeild.

Með samruna þessa máls hverfur hið samkeppnislega aðhald sem leitt hefur af starfsemi Mjólkur.”

Samkeppniseftirlitið telur að sama staða sé fyrir hendi í þessu máli. Mjólka I og síðar Mjólkurbúið voru keppinautar MS og tengdra félaga í sölu á mjólkurafurðum.

Af öllu framangreindu má því sjá að mjólkurafurðir Mjólkur I og Mjólkurbúsins kepptu við sambærilegar framleiðsluvörur MS, KS og Mjólkur II en mismunandi er þó hvar framleiðsla þeirra átti sér stað á hverjum tíma enda hefur staðsetning hennar tekið breytingum á

⁵⁷ Hér má hafa í huga umrædda álitserð Árna Vilhjálmssonar og Eiríks Tómassonar, sem unnin var fyrir landbúnaðarráðherra á árinu 2004. Í henni er m.a. fjallað um skilgreiningu markaða skv. samkeppnislögum. Þar segir: „Almennt má segja að hver búvara myndi sérstakan markað en hins vegar er ljóst að veruleg staðganga kann að vera fyrir hendi í sumum tilvikum t.d. milli jógúrts, skyrs og súrmjólkur.“ Samkvæmt þessu leikur ekki vafi á því að fyrirtæki sem selja sömu afurð eins og t.d. mygluost eru keppinautar.



brotatímabilinu eftir atvikum. Auk verkskiptingar í framleiðslu mjólkurafurða áttu MS, KS og Mjólka II einnig í víðtæku samstarfi um pökkun og markaðssetningu viðkomandi afurða. Í ljósi þessa getur Samkeppniseftirlitið ekki fallist á það með MS að málið varði einungis samkeppnisstöðu Mjólkurbúsins og Mjólku II í þessu máli þegar höfð er til hliðsjónar tengsl og víðtækt samstarf MS, KS og Mjólku II í eigu KS á mjólkurvörumarkaði.

Mál þetta varðar þannig mismunun í sölu á sama hráefni til fyrirtækja sem keppa í sölu á mjólkurafurðum. MS mismunaði Mjólku I með því að verðleggja hrámjólk sem seld var fyrirtækinu á frá rúmlega 9% til rúmlega 17% hærra verði en þeirri mjólk sem miðlað var á milli tengdra aðila, þ.e. KS. Með sama hætti mismunaði MS Mjólkurbúinu með því að verðleggja hrámjólk sem seld var því á um og yfir 15% hærra verði en KS og Mjólku II.

Gagnvart afurðastöð sem ekki nýtur slíkra kjara hefur þessi verðlagning augljós áhrif á möguleika þess fyrirtækis til þess að keppa. Mjólka I og Mjólkurbúið, viðskiptavinir MS, þurftu því ekki aðeins að sæta því að markaðsráðandi fyrirtæki beitti þá verulegri mismunun í verði heldur einnig að félög tengd MS fengju þetta grundvallar hráefni á mun lægra verði sem var til þess fallið að veita þeim verulegt samkeppnisforskot gagnvart Mjólkurbúinu (og áður Mjólku I). Eins og fram hefur komið var þessi aðgerð MS til þess fallin að draga stórlega úr getu Mjólku I og síðar Mjólkurbúsins til þess að keppa við MS, KS og Mjólku II í sölu á mjólkurafurðum og markaðsráðandi staða MS samstæðunnar því varin.

Eins og nefnt var kveðst MS ekki geta áttað sig á því við hvern Samkeppniseftirlitið telji að Mjólkurbúið keppi. MS telur að Mjólkurbúið keppi ekki við sig og ekki heldur við KS og Mjólku. Segir MS að innihaldslýsing í afurðum Mjólkurbúsins stemmi ekki við það sem sé í afurðum Mjólku II.

Hér skal bent á að Mjólka I keypti ógerilsneydda hrámjólk af MS á árunum 2008 og 2009 fyrir um 399,3 milljónir kr. (fyrir utan vsk. og veittan afslátt) og hefur Mjólkurbúið síðar keypt umrætt hráefni af MS á árunum 2010 til 2013 fyrir um 94,7 milljónir kr. í þeim tilgangi að framleiða mjólkurafurðir. Framangreindar fjárhæðir eru fyrir utan kaup á lífrænni hrámjólk sem tilheyrir ekki viðkomandi markaði og umsýslumjólk án greiðslumarks frá eigin búi að Eyjum II í Kjós eftir að MS keypti innvigtunarbúnað Mjólku I og mjólkurbíla. Hráefnið er nýtt til vinnslu mjólkurafurða í samkeppni við afurðir MS, KS og Mjólku II hvers og eins og einnig þeim sameiginlega þar sem félögin eiga með sér samstarf og verkaskiptingu í framleiðslu einstakra mjólkurafurða eins og MS hefur rækilega gert grein fyrir í þessu máli.

Gögn málsins gefa til kynna að til þess að lágmarka skaðann af verðmismun MS á sölu hrámjólkur til Mjólkurbúsins þá breytti félagið hráefnisnotkun sinni í framleiðslu á sýrðum 10% og 18% um síðustu áramót 2013/2014. Fram að þeim tíma notaði Mjólkurbúið hrámjólk frá MS til framleiðslu framangreindra afurða auk þess sem Mjólka I framleiddi Mozzarella sem var að langmestu leyti framleiddur úr hrámjólk svo dæmi sé tekið. Eins og gefur að skilja hefur mismunun MS gagnvart Mjólku I og síðar Mjólkurbúsins orðið til þess að félögin hafa þurft að aðlaga sig henni eftir fremsta megni og lágmarka skaðann



með því að velja þær afurðir og hráefni til framleiðslu þeirra sem gefa þeim sem mesta framlegð. Sú mismunun hefur augljóslega ekki veitt Mjólkurbúinu og áður Mjólkku I færi á því að keppa í lágframlegðarvörum eins og drykkjarmjólk eða sölu á gerilsneyddri mjólk í lausu máli. Hér ber að hafa í huga að samkeppnisstaða fyrirtækis í skilningi c. liðar 2. mgr. 11. gr. samkeppnislega getur veikst með því einu að það býr við hærra kostnaðarverð en annar aðili með þeim afleiðingum að það er erfiðara fyrir það að hefja framleiðslu á nýjum vörum eða það hefði getað selt meira af þeirri vöru sem það framleiðir.

3.4.6 Nánar um áhrif aðgerða MS o.fl.

MS mótmælir því að verðlagning félagsins á hrámjólk hafi stuðlað að því að Mjólkka I hafi farið af markaði og segir að Mjólkka I hafi verið í fjárhagserfiðleikum allt frá stofnum félagsins og löngu áður en félagið hafi keypt hrámjólk frá MS. Þannig hafi verið 11,6 milljóna kr. tap eftir fyrsta rekstrarár félagsins, árið 2006 hafi tapið numið 93 milljónum kr., árið 2007 tæpum 190 milljónum kr. og árið 2008 225 milljónum kr. Skýringar á rekstrarerfiðleikum Mjólkku I þurfi því að leita annars staðar en í því að MS hafi selt félaginu hrámjólk á of háu verði frá árinu 2008. Um eignarhald á Mjólkku segir síðan í umsögn MS:

„Gamla“ Mjólkka ehf., kt. 570205-0480, var fram á mitt ár 2009, að minnsta kosti, í eigu og rekstri sömu eigenda og nú eiga Mjólkurbúid. Frá og með upphafi árs 2009 stóðu yfir samningaviðræður um kaup KS á Mjólkku ehf., kt. 490209-2550. Þegar hillti undir lok þeirra viðræðna á miðju ári hafði rekstur gömlu Mjólkku verið færður undir þá kennitölu. Gamla Mjólkka heitir nú M-500 ehf. Nýja Mjólkka tók til starfa 1. júlí 2009. Gengið var frá samningum um kaup KS á nýju Mjólkku í árslok. Í kjölfar kaupa KS á Mjólkku, í byrjun árs 2010, hófst KS handa um endurskipulagingu á rekstrinum.“

Um áhrif verðákvarðana verðlagsnefndar á rekstur Mjólkku I segir MS að fyrstu mjólkurkaup Mjólkku af MS hafi verið 8. október 2008 og þau síðustu þann 7. júlí 2009. MS segir að verðhækkun verðlagsnefndar á hrámjólk þann 1. ágúst 2009 geti ekki haft áhrif á rekstrarerfiðleika Mjólkku I sem hafi verið ógjaldfær 31. desember 2008 og verið ákveðin tæpum einum mánuði eftir að „gamla“ Mjólkka keypti síðast mjólk af MS eða þann 7. júlí 2009.

MS ber auk þess saman mjólkurverð til bænda og verð á mjólk í lausu máli frá 1. júlí 1997 til 1. ágúst 2009 og segir að sá munur hafi lækkað á tímabilinu. Verð á mjólk í lausu máli hafi verið hærra en verð á mjólk til bænda sem nam 16,96 kr. á lítra þann 1. júlí 1997 og hafi sá munur lækkað í 14,69 kr. á lítra í lok tímabils þann 1. ágúst 2009. Verðmunurinn hafi verið 8,22 kr. á lítra þegar Mjólkka I keypti fyrst hrámjólk af MS og lækkað í 8,09 kr. á lítra 1. nóvember 2009 en hækkað síðan aftur í 14,69 kr. á lítra 1. ágúst 2009. Á starfstíma „gömlu“ Mjólkku frá 1. janúar 2005 til 1. ágúst 2009 hafi verð á mjólk til bænda hækkað um 61% en verð á mjólk í lausu máli um 42% og verðmunurinn farið á sama tíma úr 16,11 kr. á lítra í 14,69 kr. á lítra. Í ljósi framangreinds mótmælir MS því að verðlagning félagsins á hrámjólk til Mjólkku hafi stuðlað að því að Mjólkka I hafi farið af markaði. Í ljósi framangreinds þá telji MS að meint brotatímabil málsins geti í



mesta lagi spannað tímabilið frá því að Mjólkurbúið hóf að kaupa hrámjólk af MS, þ.e. frá 1. febrúar 2011 til 1. nóvember 2013.

MS bendir einnig á að löggjafinn hafi m.a. ákveðið að sérstök nefnd, verðlagsnefnd, ákveði afurðaverð tiltekinna landbúnaðarafurða til framleiðenda og verð bívöru í heildsölu. Löggjafinn hafi ákveðið að fulltrúar samtaka afurðastöðva SAM eigi fulltrúa í nefndinni. Í samtökum afurðastöðva séu þrjár aðilar, þ.e. Auðhumla, KS og Mjólka II. Tekið er fram að Mjólkurbúið hafi kosið að eiga ekki aðild að SAM og verði Samkeppniseftirlitið að sætta sig við þá skipan og geti ekki notað það til að gera ákvarðanir nefndarinnar tortryggilegar.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið áréttar að brot á c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga er ekki háð því að sýnt sé fram á áþreifanlega veikingu á samkeppnisstöðu viðskiptaaðila heldur dugar að mismununin sé til þess fallin eða hafi tilhneigingu til þess að raska samkeppni. Í máli þessu hefur verið rökstutt að aðgerðir MS hafi verið til þess fallnar að raska samkeppni og hafi falið í sér alvarlegt brot á 11. gr. samkeppnislaga. Sú niðurstaða er ekki reist á þeirri forsendu að brot MS hafi leitt til þess að Mjólka I hafi í raun hrökkladist út af markaðnum.

Samhengisins vegna er hins vegar rétt að fjalla nánar um framangreind sjónarmið MS þar sem Samkeppniseftirlitið telur að þau gefi ekki rétta mynd af atvikum. Þá verður að taka afstöðu til þess hvort sjónarmið MS leiði til þess að brot fyrirtækisins hafi ekki tekið til tímabilsins fram að því að Mjólkurbúið var stofnað.

Ekki er unnt að fallast á framangreinda umfjöllun MS um verðþróun á hrámjólk löngu áður en Mjólka I var stofnuð. Það sem skiptir máli hér er sá munur sem var á verði hrámjólkur til Mjólku I á starfstíma félagsins samanborið við það verð sem henni var miðlað í afurðastöð MS og KS á sama tíma. Sá munur gerði það að verkum að Mjólku I var ekki gefið færi á að keppa við MS og KS sem fengu til sín hráefni á allt öðru og lægra verði auk þess að njóta stærðarhagkvæmni og hagræðingar sem felst í samvinnu í vinnslu, dreifingu og sölu mjólkurafurða og heimiluð er í 71. gr. bívörulaga í samkeppni við Mjólku I.

Samkeppniseftirlitið óskaði sérstaklega eftir öllum afritum af reikningum MS vegna mjólkurkaupa Mjólku á árinu 2009 með tölvupósti þann 3. júní 2014 og bærust umbeðin gögn þann 6. júní 2014. Auk þess bærust Samkeppniseftirlitinu afrit af reikningum MS vegna mjólkurkaupa Mjólku I og Mjólkurbúsins frá kvartanda á tímabilinu 2008 til 19. maí 2014. Framangreind gögn sýna að það er ekki rétt hjá MS að síðustu mjólkurkaup Mjólku I af MS hafi verið þann 7. júlí 2009. Þess ber að geta að Mjólka I keypti ógerilsneydda hrámjólk af MS fyrir 88,5 milljónir kr. á árinu 2008 og 310,8 milljónir kr. árið 2009. Þar af keypti „gamla“ Mjólka hrámjólk af MS fyrir 153,0 milljónir kr. á fyrri hluta ársins 2009 og sú „nýja“ fyrir 157,7 milljónir kr. á seinni helmingi ársins 2009. Fyrstu kaup Mjólkurbúsins á hrámjólk af MS voru á árinu 2010 en ekki á árinu 2011 eins og MS heldur fram. Þannig keypti Mjólkurbúið hrámjólk af MS á árinu 2010 fyrir um 4,6 milljónir kr., 32,3 milljónir kr. árið 2011, 32,1 milljónir kr. árið 2012 og 25,7 milljónir kr. árið 2013.



Samtals voru því mjólkurkaup Mjólkku I og síðar Mjólkurbúsins af MS, ef frá er talin lífræn hrámjólk og umsýslumjólk án greiðslumarks frá Eyjum II, því alls 494,0 milljónir kr. frá árinu 2008 til ársins 2013 og eru þær fjárhæðir fyrir utan vsk. og veittan afslátt. Það blasir því við að sá mikli munur sem var á hráefnisverði Mjólkku I og síðar Mjólkurbúsins í samanburði við MS, KS og Mjólkku II, sbr. töflu 3 og 4, hefur verið til þess fallinn að skekkja stöðu Mjólkku verulega og dregið úr möguleikum fyrirtækisins til að geta keppt af krafti á markaði. Hér skiptir máli að um var að ræða smáan keppinaut sem var að reyna að ná fótfestu á markaði í samkeppni við markaðsráðandi aðila sem hafði yfir að ráða umtalsverðri stærðarhagkvæmni umfram Mjólkku I.

Ekki er því unnt að fallast á að brotatímabil MS í þessu máli sé frá og með 1. febrúar 2011 til 1. nóvember 2013. Það er því óbreytt mat Samkeppniseftirlitsins að brotatímabilið nái frá árinu 2008 til ársloka 2013.

MS bendir á að Mjólkku I hafi verið rekin með tapi á fyrstu starfsárum sínum. Samkeppniseftirlitið tekur fram að ekki er óeðlilegt að nýstofnað félag sem er að ná fótfestu á markaði skili tapi á fyrstu starfsárum sínum. Á það ekki síst við þegar fyrir á markaði er keppinautur sem að hluta til nýtur undanþágu frá ákvæðum samkeppnislaga og er í yfirburðastöðu. Það auðveldar ekki framgang slíks félags þegar hið markaðsráðandi fyrirtæki að auki mismunar því í verði á hráefni sem er nauðsynlegt til þess að hinn nýi aðili geti keppt á markaði með framleiðsluvörur sínar. Þannig voru aðstæður þegar Mjólkku I var að reyna að ná fótfestu á markaði. Að mati Samkeppniseftirlitsins blasir við að til þess að lágmarka þessi áhrif reyndi Mjólkku sjálf að kaupa hrámjólk af bændum (átta talsins þegar best lét) í stað þess að kaupa hana af MS. Mjólkku seldi m.a. Vífilfelli mjólk í lausu máli á heildsölustigi. Mjólkku I óskaði ítrekað eftir samstarfi við MS um m.a. mjólkursöfnun og mjólkurflutninga fyrst með bréfi til MS, dags. 23. maí 2007, sem ekki var svarað af MS og aftur með bréfi, dags. 4. janúar 2008. Í framhaldi af þessari beiðni áttu Mjólkku I og MS fundi um erindi félagsins. Í bréfi MS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 8. apríl 2009, í öðru máli sem var til rannsóknar hjá Samkeppniseftirlitinu segir MS eftirfarandi um ástæðu fyrir beiðni Mjólkku I til félagsins:

„Ein meginástæða þess að Mjólkku óskaði eftir því að MS hlutaðist til um að sækja mjólkina til framleiðenda var sú að mjólkursöfnun hafði reynst Mjólkku erfið og mjög kostnaðarsöm... Rétt er að geta þess að í upphafi samningaviðræðna komu fram ítrekaðar óskir af hálfu Mjólkku um að MS myndi kaupa strax hluta af innveginni mjólk hjá Mjólkku. Ástæðan fyrir þessum óskum Mjólkku var að sögn forsvarsmanna Mjólkku sú að áætlanir um fyrirhuguð mjólkurkaup Vífilfells hf. af Mjólkku, til framleiðslu á mjólkurvörum, hafi ekki gengið eftir og því hafði Mjólkku ekki getað afsett alla þá mjólk sem Mjólkku hafði þegar tekið við.“

Það er skemmst frá því að segja að MS taldi sig ekki geta orðið við beiðni Mjólkku og taldi MS það m.a. vera vegna ákvæða tengdum útflutningsleyfum MS fyrir ESB markað. Þess í stað var gerður samningur við Mjólkku I þann 10. mars 2008 sem fólst annars vegar í mjólkursöfnun frá þeim lögbýlum sem vigtuðu inn mjólk hjá Mjólkku I og hins vegar sölu mjólkur frá MS til Mjólkku I og kaup MS á innvigtunar- og flutningatækjum Mjólkku I til



mjólkursöfnunar. Með framangreindum samningum MS við Mjólku I var félagið orðið háð MS um hrámjólk til sinnar framleiðslu eins og fyrr segir.

MS vísar til þess að Mjólka I hafi verið starfrækt fram á mitt ár 2009 að minnsta kosti í eigu sömu eigenda⁵⁸ og nú eiga Mjólkurbúið. Segir MS að samningaviðræður um kaup KS á Mjólku hafi staðið yfir frá og með upphafi árs 2009 og þegar hillti undir lok þeirra viðræðna á miðju ári hafi rekstur Mjólku I verið færður undir nýja kennitölu og nýja Mjólka eins og MS kallar fyrirtækið hafi tekið til starfa 1. júlí s.á. Síðan segir MS að síðustu mjólkurkaup Mjólku af MS hafi verið 7. júlí 2009 og því hafi verðhækkun á mjólk í lausu máli til Mjólku þann 1. ágúst 2009 engin áhrif haft á rekstur Mjólku.

Fyrirsvarsmenn Mjólku I hafa lýst atvikum með öðru hætti og taka fram að félagið hafi verið rekið af fyrrverandi eigendum allt fram að því er félagið var selt í árslok 2009. Þrátt fyrir að rekstur Mjólku I hafi verið erfiður á þessum tíma þá unnu stjórnendur félagsins í því að ná tókum á rekstri félagsins þar sem sérstök áhersla var lögð á það að endurfjármagna rekstur Mjólku I með samningum við fjármálafyrirtæki. Til að ná því fram var ráðist í að færa reksturinn yfir í annað félag á miðju ári 2009 með samþykki Íslandsbanka. Um framangreint segir í bréfi útibússtjóra Íslandsbanka, dags. 16. júlí 2014:

„Að beiðni Ólafs Magnússonar staðfestir undirritaður, Björn Sveinsson, útibússtjóri hjá Íslandsbanka á Kirkjusandi, að bankanum var kunnugt um fjárhagserfiðleika Mjólku. Sú aðgerð að flytja reksturinn yfir í annað félag var gerð til þess að hægt væri að koma efnahagsreikningi félagsins í betra horf, og í framhaldinu mögulega selja reksturinn eða taka inn nýja hluthafa og fjármagna þannig nauðasamninga Mjólku. Eigendur félagsins sýndu gögn um að rekstur Mjólku stæði ekki undir sér og þetta væri talin besta leiðin til að tryggja sem mestar endurgreiðslur til veðhafa og annarra kröfuhafa. Samþykkti hann aðgerðina fyrir sitt leyti.“

Sölutilboð í félagið var undirritað í júní 2009 með þeim fyrirvara að fyrir lægi samþykki 2/3 hluta hluthafa félagsins til þess að sala á fyrirtækinu gengi eftir sbr. 23. gr. í samþykktum félagsins og voru það forsendur tilboðsins sbr. eftirfarandi:

„Forsendur tilboðsins eru að Ólafur Magnússon og/eða tengdir aðilar nái að tryggja þann nauðsynlega meirihluta sem áskilin er lögum samkvæmt eða samkvæmt samþykktum viðkomandi félaga til að geta ráðstafað þeim eignum sem fram koma í sölutilboði þessu.“

Samþykki 2/3 hluta hluthafa fyrir sölu á Mjólku I lá síðan ekki fyrir fyrr en í árslok 2009 eftir að fullreynt var að rekstur félagsins stæði ekki undir sér. KS tók síðan við rekstri Mjólku II í upphafi árs 2010. Á þeim tíma sem fyrri eigendur Mjólku I voru að vinna í því að ná tókum á rekstrinum á árinu 2009 var verðhækkun MS á ógerilsneyddri hrámjólk til félagsins í ágúst 2009. Beindist verðhækkunin að Mjólku I, einu félagi, og var hún

⁵⁸ Þeir aðilar sem áttu yfir 10% í Mjólku á þeim tíma voru VBM holding ehf. með 50,5% eignarhlut og Vífilfell hf. sem átti 48,2% hlut.



augljóslega til þess fallin að draga enn frekar úr samkeppnishæfni félagsins og stuðla að sölu félagsins til MS samstæðunnar. Fjallað var um framangreint sölutilboð Mjólku I í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 40/2009 *Samruni Kaupfélags Skagfirðinga svf. og Mjólku ehf./Eyjabú ehf.* Unnið var við frekari hagræðingu í rekstri Mjólku á árinu 2009. Þrátt fyrir framangreint sölutilboð gefur opinber umfjöllun til kynna að reynt hafi verið að tryggja að Mjólka I myndi starfa áfram sem sjálfstæður keppinautur á markaði.

Í viðtali við forstjóra Mjólku I í Kastljósi þann 22. september 2009 kemur fram að félagið hafi farið í erfiða samningaviðræður við lánastofnanir sem gengið hafi eftir og að félagið væri komið fyrir vind. Viðskiptaráðherra Gylfi Magnússon sagði síðan í fréttum RÚV 10. desember 2009 að gera þyrfti Mjólku I kleift að starfa áfram til að koma í veg fyrir einokun. Hvort fella ætti niður skuldir Mjólku I í því skyni sagði viðskiptaráðherra í framangreindu viðtali:

„Það væri að mínu mati lang best ef hægt væri að vinna úr málum Mjólku þannig að eftir stæði eftir sem áður sjálfstætt fyrirtæki sem væri öflugur keppinautur og hefði alla möguleika á að veita stóra fyrirtækinu sem fyrir er það aðhald sem er æskilegt og nauðsynlegt á þessum markaði sem og öðrum.“

Í viðtali forstjóra Mjólku I í sjónvarpsfréttatíma RÚV þann 19. desember 2009 er fjallað um hækkun MS á hrámjólk til félagsins þann 1. ágúst 2009 og afleiðingar á samkeppnisstöðu Mjólku I. Í umfjöllun RÚV segir eftirfarandi:

„Forsvarsmenn Mjólku fá engar skýringar á því að MS hækkaði einhliða verð á hrámjólk til Mjólku. Verðið hækkaði um 10% en hækkaði þó ekki til bænda. Ólafur Magnússon framkvæmdastjóri og eigandi Mjólku segir það ráðast á næstu dögum hvort fyrirtækið lifi áfram eða verði innlimað í Kaupfélag Skagfirðinga... Ólafur Magnússon segir rekstrargrundvöll fyrirtækisins hafa stórskaðast í sumar þegar Mjólkursamsalan ákvað einhliða 10% hækkun á hrámjólk til Mjólku þrátt fyrir að verð til bænda hækkaði ekki.“

Um framangreint sagði Ólafur Magnússon hjá Mjólku I í viðtali í sama fréttatíma:

„Þannig að það er búið að skekkja samkeppnisstöðu Mjólku frá 1. ágúst að telja og við höfum ekki fengið nein svör frá verðlagsnefnd og í rauninni köllum eftir svörum frá verðlagsnefnd hverju þetta sætir því þetta er fyrst og fremst hrámjólk sem við kaupum og við teljum það algjörlega óásættanlegt að Mjólka sé að borga 10% hærra verð og þar með sé samkeppnisstaða Mjólku verulega skert og köllum eftir viðbrögðum verðlagsnefndar tafarlaust.“

Í útvarpsfréttatíma RÚV þann 19. desember 2009 var einnig fjallað um verðhækkun MS á hrámjólk þar sem fram kom eftirfarandi:

„Ólafur Magnússon eigandi og framkvæmdastjóri Mjólku segir að það ráðist á næstu dögum hvort honum takist að halda fyrirtækinu og reka það áfram í



Samkeppni við Mjólkursamsöluna og tengd fyrirtæki. Hann er afar ósáttur við verðlagsnefnd búvöru sem hefur ekki svarað erindi hans þar sem hann kvartar undan einhliða verðhækkun Mjólkursamsölnnar á hrámmjólk til Mjólk. Sú hækkun sé að sliga fyrirtækið. Samkeppniseftirlitið hefur sent frá sér ályktun um fyrirhugaðan samruna Mjólk og Kaupfélags Skagfirðinga þar sem landbúnaðarráðherra er hvattur til að beita sér fyrir lagabreytingum svo mjólkuriðnaðurinn falli á ný undir samkeppnislög. Eftirlitið lýsir miklum áhyggjum af þeirri einokun sem verði á markaðnum renni fyrirtækin saman. Ólafur Magnússon freistar þess nú að halda félaginu og rekstri þess áfram sjálfstæðum en kaupsamningurinn hefur ekki verið undirritaður enn."

Í máli þessu liggur fyrir að MS hefur, án málefnalegra raka, kosið að miða verðlagningu á ógerilsneyddri hrámmjólk við verðlagningu verðlagsnefndar á gerilsneyddri mjólk í lausu máli. Af þessu leiddi að þegar verð á gerilsneyddri mjólk í lausu máli hækkaði 1. ágúst 2009 þá hækkaði verðið að sama skapi sem Mjólk I greiddi MS fyrir hvern lítra af ógerilsneyddri hrámmjólk. Verð innan MS samstæðunnar hækkaði hins vegar ekki.

Blasir við að framangreint var til þess fallið að gera samkeppnisstöðu Mjólk I enn erfiðari. Hefur þetta án efa stuðlað að því að því að samruni KS og Mjólk gekk eftir. Fyrirsvarmenn Mjólk I hafa sagt að eftir að þeir hafi farið yfir rekstrargrundvöll fyrirtækisins í samkeppni við MS og tengd félög í ljósi skertrar samkeppnisstöðu sem framangreind verðhækkun hafði í för með sér hafi eigendur félagsins ákveðið að veita samþykki fyrir sölu þess. Samkomulag við Vífilfell þess efnis var undirritað þann 30. desember 2009 og við aðra hluthafa deginum áður eða þann 29. desember 2009.

Samkvæmt framansögðu er það mat Samkeppniseftirlitsins að verðhækkun MS 1. ágúst 2009 hafi verið til þess fallin að hafa mjög skaðleg áhrif á samkeppni. Er þetta til stuðnings því að um alvarleg brot sé að ræða í þessu máli.

3.4.7 Um hlutlægar réttlætningarástæður

MS heldur því fram að ef Samkeppniseftirlitið telji þrátt fyrir framangreinda málsvörn fyrirtækisins að um brot sé að ræða þá sé háttsemin réttlætanleg á grundvelli hlutlægra sjónarmiða. Ítrekað sé að kostnaður MS af því að selja hrámmjólk utan samstæðunnar horfi öðruvísi við en við miðlun hennar innan samstæðunnar. Tekið er fram að þegar MS eigi viðskipti á heildsölustigi við óskylda aðila þá séu engin önnur tengsl á milli viðskiptavina og MS, hvorki fyrir né eftir að viðskiptin eigi sér stað. Engir aðrir samstarfsþættir, samningar eða tengsl aðila hafi áhrif á framlegð og þar með rekstur og efnahag viðkomandi fyrirtækja. Skyldur aðila gagnvart hverjum öðrum séu engar umfram þær sem þessum viðskiptum tengjast með beinum hætti. MS segir að það væri andstætt markmiði 71. gr. búvörlaga að halda niðri kostnaði við framleiðslu, geymslu og dreifingu mjólkurafurða ef þeim fyrirtækjum sem kjósa að eiga í samstarfi á grundvelli hennar bæri skylda til að miðla hráefni sín á milli á sama verði og því er miðlað til óskyldra aðila.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið getur ekki séð að samstarf tengdra aðila við framleiðslu, geymslu og dreifingu mjólkurafurða þurfi að stuðla að því að keppinautum sé mismunað í verði á



hráefni áður en hið eiginlega samstarf hefst sem felst í verkskiptingu í framleiðslu einstakra mjólkurafurða, geymslu og dreifingu þeirra.

Samkeppniseftirlitið getur því ekki tekið undir með MS að hlutlægar réttlætningarástæður séu fyrir þeirri mismunun sem félagið hefur beitt Mjólkku I og síðar Mjólkurbúið í þessu máli.

3.5 Samandregin niðurstaða

Á rannsóknartímabili þessa máls (2008-2013) var MS í markaðsráðandi stöðu. Breytingar sem leiddu af lögum nr. 85/2004, sem breyttu búvörulögum, sköpuðu ástand í íslenskum mjólkuriðnaði sem heggur nærri einokun. Með stofnun MS á árinu 2006 átti sér stað mikil samþjöppun á markaðnum og búvörulög leyfa MS og KS mjög nána viðskiptalega samvinnu. Nánast allir mjólkurframleiðendur á landinu eru eigendur að móðurfélagi MS og það félag hefur á rannsóknartímabilinu keypt a.m.k. yfir 90% af allri hrámjólk sem seld hefur verið hér á landi.

Verðlagsnefnd búvara ákveður lágmarksverð sem greiða ber mjólkurbændum (framleiðendum). Á það verð að tryggja að þeir bændur fái að lágmarki samskonar endurgjald fyrir sína vinnu og sambærilegar starfstéttir njóta. MS, KS, Mjólkka I, Mjólkka II og Mjólkurbúið eru ekki mjólkurframleiðendur heldur afurðastöðvar í skilningi búvörulaga. Þrátt fyrir þetta seldi MS KS og Mjólkku II ógerilsneydda hrámjólk á verði sem miðast við lágmarksverð til mjólkurframleiðenda.

MS kaus að bjóða Mjólkku I og Mjólkurbúinu upp á önnur kjör á ógerilsneyddri hrámjólk. Í stað þess að miða við lágmarksverð til framleiðenda var Mjólkku I og Mjólkurbúinu seld ógerilsneydd hrámjólk á verði sem miðaðist við verðlagningu verðlagsnefndar á mjólk í lausu máli. Mjólk í lausu máli er gerilsneydd mjólk sem þegar hefur fengið vinnslu í afurðastöð og því augljóslega dýrari en ógerilsneydd hrámjólk enda ólíkur kostnaðargrundvöllur þar að baki.

Fyrir liggur að á rannsóknartímabilinu ákvað verðlagsnefnd búvara ekki heildsöluverð á ógerilsneyddri hrámjólk til afurðastöva.

Framangreint hafði þau áhrif að Mjólkka I og Mjólkurbúið þurftu að greiða hærra verð fyrir lykilhráefni heldur en keppinautar þeirra. Sú verðmismunun sem Mjólkka I og Mjólkurbúið sættu af hálfu MS var veruleg. Þurftu þessi fyrirtæki að borga verð sem var allt að 17% hærra en það verð sem fyrirtæki tengd MS nutu. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2013, *Sorpa bs. gegn Samkeppniseftirlitinu*, var talið að allt að 18% verðmunur hafi farið gegn c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga.

Ákvæði 3. mgr. 13. gr. og 71. gr. búvörulaga veita ekki markaðsráðandi fyrirtækjum í mjólkuriðnaði almenna heimild til að misnota markaðsráðandi stöðu sína og fara þannig gegn 11. gr. samkeppnislaga. Hvorki þessi né önnur ákvæði búvörulaga veittu MS heimild til að grípa til þeirra aðgerða sem mál þetta tekur til.



Samkvæmt c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga var MS óheimilt að mismuna viðskiptaaðilum með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og veikja þannig samkeppnisstöðu þeirra.

Sala MS á ógerilsneyddri hrámjólk til annars vegar Mjólk I og Mjólkurbúsins og hins vegar fyrirtækja innan samstæðu MS eru samskonar viðskipti í skilningi c. liðar 2. mgr. 11. gr. Einnig liggur fyrir að viðskiptakjör Mjólk I og Mjólkurbúsins hafa verið ólík þeim sem fyrirtæki innan MS samstæðunnar hafa notið. Þá telur Samkeppniseftirlitið að MS hafi ekki sett fram nein rök sem geti réttlætt þessa mismunun í verði.

Mjólk I og Mjólkurbúið annars vegar og MS, KS og Mjólk II eru fyrirtæki sem kaupa hrámjólk og framleiða úr henni margskonar mjólkurafurðir. Leiðir af sjálfu sér að hrámjólk er eitt mikilvægasta hráefni þessara fyrirtækja. Verulegur verðmunur á þessu hráefni er því til þess fallinn að hafa umtalsverð áhrif á samkeppnisrekstur þess fyrirtækis sem þarf að borga hærra verð en aðrir kaupendur á hrámjólk.

Öll umrædd fyrirtæki hafa framleitt samskonar mjólkurafurðir og keppt í sölu þeirra. Keppinautar MS þurftu því ekki aðeins að sæta því að markaðsráðandi fyrirtæki beitti þá mismunun í verði heldur einnig að félög tengd MS fengju þetta hráefni á mun lægra verði verði sem var til þess fallið að veita þeim verulegt samkeppnisforskot gagnvart Mjólk I og Mjólkurbúinu. Með þessu móti var geta þessara fyrirtækja til þess að keppa við MS, KS og Mjólk II á markaði fyrir sölu mjólkurafurða skert með alvarlegum hætti og markaðsráðandi staða MS samstæðunnar varin.

Er það því niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að MS hafi með alvarlegum hætti brotið gegn c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga.

V. Viðurlög

Í þessum kafla verður fjallað um ákvæði 37. gr. samkeppnislaga og hugað að þeim sjónarmiðum sem líta verður til við ákvörðun viðurlaga í málinu.

1. Sjónarmið MS

MS mótmælir því að aðgerðir fyrirtækisins gagnvart Mjólk I og Mjólkurbúinu feli í sér alvarleg brot á samkeppnislögum. Telji Samkeppniseftirlitið eftir sem áður að um brot hafi verið að ræða telur fyrirtækið óþarft að leggja á það sekt.

MS nefnir að hafa verði í huga að löggjafinn hafi ákveðið fyrirkomulag búvöruframleiðslu á Íslandi með búvörulögum. Það starfsumhverfi sem MS búi við geri fyrirtækinu erfitt fyrir að átta sig á því hvenær um brot á 11. gr. samkeppnislaga sé að ræða. Sjálfstæð brot á c. lið 11. gr. samkeppnislaga séu afar sjaldgæf. MS hafi verið í góðri trú um að verðlagning félagsins væri lögmæt. Með niðurstöðu sinni í ákvörðun nr. 40/2009 *Samruni Kaupfélags Skagfirðinga svf. og Mjólk I ehf./Eyjabú ehf.* hafi Samkeppniseftirlitið gefið MS og KS (og þar með Mjólk II) tilefni til að ætla að verðákvarðanir á milli fyrirtækjanna væru hluti af heimilum verðtilfærslum innan samstæðunnar.



Ef svo færi að Samkeppniseftirlitið myndi ekki fallast á sjónarmið MS fyrir niðurfellingu sektar telji fyrirtækið að skilyrði séu til að lækka sektir verulega á hendur því. Þannig hafi háttsemi MS ekki verið viðhöfð af ásetningi heldur af gáleysi sem horfi til lækkunar á sekt, sbr. 2. lið 21. gr. leiðbeiningarreglna Eftirlitsstofnunar ESA um álagningu sekta í samkeppnismálum. MS segir að háttsemi félagsins orsakist af því flókna starfsumhverfi sem leiði af ákvæðum búvörulaga. Háttsemina megi því að stærstum hluta rekja til þeirrar löggjafar sem í gildi sé um framleiðslu og sölu á mjólkurvörum og horfi það til lækkunar sektar, sbr. 5. lið ofangreindar leiðbeiningarreglna.

MS telji einnig að meint brot hafi í mesta lagi átt sér stað með sölu á hrámjólk til Mjólkurbúsins og að útilokað sé að verðlagningin hafi stuðlað að því að Mjólk I hafi hrökklast af markaði. Sá skammi tími, frá 1. febrúar 2011 til 1. nóvember 2013, sem MS eigi að hafa framið hin meintu brot ætti því að horfa til mildunar við ákvörðun sekta.

Ítrekunaráhrif vegna brots Osta- og smjöröslunnar eigi ekki við í þessu máli enda sé ljóst að atvik hafi horft við með allt öðrum hætti í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2006. Segir MS að enda „þótt fallist yrði á að MS hafi tekið við starfsemi“ Osta- og smjöröslunnar horfi ítrekunaráhrif hins vegar ekki við með svo einföldum hætti sem Samkeppniseftirlitið hafi lagt upp. Þannig hafi orðið töluverð endurnýjun á stjórnarsetu í MS miðað við það sem gilti um stjórn Osta- og smjöröslunnar. Tekið er fram að í núverandi stjórn MS sitji einungis einn af fyrri stjórnarmönnum Osta- og smjöröslunnar. Vísar MS í ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 2001 í máli Interbrew og Alken-Maes. Þar hafi framkvæmdastjórnin tekið til athugunar möguleg ítrekunaráhrif og við mat á vægi þeirra hafi verið „talið skipta máli að nokkrir af sömu stjórnarmönnum fyrirtækisins sem staðið hefði að fyrra broti störfuðu enn fyrir hið brotlega fyrirtæki. MS bendir á að fyrst stjórnarseta skiptir máli í þessu samhengi þegar ítrekunaráhrif eru metin hlýtur það að horfa til mildunar þegar skipt er verulegu leyti um forystu í fyrirtæki.“

Að mati MS komi ekki til greina að beita heimildum samkvæmt ákvæðum 16. gr. samkeppnislaga í þessu máli til að efla samkeppni. MS segir Samkeppniseftirlitið sé ekki verðlagseftirlit á markaðnum og að til slíkra aðgerða sé einungis heimilt að grípa í undantekningartilfellum. Einnig beri Samkeppniseftirlitinu að horfa til almannahagsmuna við ákvarðanatöku um beitingu slíkra skilyrða en slíkt mat hafi ekki farið fram.

2. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins

Samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga leggur Samkeppniseftirlitið sektir á fyrirtæki sem brjóta gegn 11. gr. samkeppnislaga nema brotið teljist óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni.

Eins og leiðir af orðalagi 1. mgr. 37. gr. laganna er tilgangur ákvæðisins sá að varnaðaráhrif sekta stuðli að framkvæmd samkeppnislaga og þar með að aukinni samkeppni, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2011 *Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Meginreglan er sú að leggja skal á sekt vegna brota á ákvæðum samkeppnislaga, sbr. dóm Hæstaréttar frá 9. febrúar 2012 í máli nr. 205/2011 *Samkeppniseftirlitið gegn Icelandair ehf.* Ákvæðið felur hins vegar ekki í sér



skyldu til álagningar sekta við öllum brotum á bannákvæðum laganna. Mjög ríkar ástæður verða hins vegar að réttlæta það að sektum sé ekki beitt vegna brota á samkeppnislögum, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2008 *Sundagarðar ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Í 37. gr. samkeppnislaga kemur m.a. fram að sektir geti numið allt að 10% af veltu síðasta almanaksárs hjá því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að samkeppnishömlunum. Við ákvörðun sekta ber skv. ákvæðinu að hafa hliðsjón af eðli og umfangi samkeppnishamla og hvað þær hafa staðið lengi. Einnig ber að líta til þess hvort um ítrekuð brot sé að ræða. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006 *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* segir að hér sé ekki um að ræða tæmandi talningu á þeim atriðum sem horfa má til við álagningu sekta. Hefur áfrýjunarnefndin talið að það megi einnig líta t.d. til stærðar fyrirtækja sem teljast brotleg, huglægrar afstöðu stjórnenda og hagnaðarsjónarmiða, sbr. einnig t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Hafa dómstólar staðfest þessa túlkun áfrýjunarnefndar, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar frá 14. mars 2013 í máli nr. 355/2012 *Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Eðlilegt er að túlka 37. gr. laganna með hliðsjón af EES/ESB-samkeppnisrétti, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2011.⁵⁹

Ætluð óvissa og huglæg afstaða

MS heldur því fram að ákvæði búvörulaga geri fyrirtækinu erfitt fyrir að átta sig á því hvenær um brot á 11. gr. samkeppnislaga sé að ræða. Þá séu brot c. lið 11. gr. samkeppnislaga afar sjaldgæf. Þá hafi MS verið í góðri trú um að verðlagning félagsins væri lögmæt og segir að með niðurstöðu sinni í ákvörðun nr. 40/2009 hafi Samkeppniseftirlitið gefið MS/KS/Mjólku II fullt tilefni til að ætla að „verðákvæðanir á milli fyrirtækjanna væru hluti af heimilum verðtilfærslum innan samstæðunnar.“

Brot gegn 11. gr. samkeppnislaga á sér stað óháð því hvort um er að kenna gáleysi eða ásetning hins brotlega fyrirtækis. Saknæmisstigið ræður því ekki úrslitum.⁶⁰ Hins vegar hefur áfrýjunarnefnd samkeppnismála bent á að huglæg afstaða þeirra sem hlut eiga að broti geti skipt máli við mat á fjárhæð sekta, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 8/2008. Samkeppniseftirlitið vísar hér til þess að í samkeppnisrétti er talið að brot sé framið af ásetningi þegar viðkomandi aðila mátti vera ljóst að aðgerðum hans var ætlað að raska samkeppni. Ekki er skilyrði að viðkomandi hafi verið það ljóst að aðgerðir hans fælu í sér brot á samkeppnisreglum.⁶¹ Ásetningur getur falið í sér rök fyrir hækkun sekta

⁵⁹ Í athugasemdum við 2. gr. frumvarps sem varð að lögum nr. 52/2007 er fjallað um tillögur að breytingum á 37. gr. samkeppnislaga: „Í ákvæðinu er mælt fyrir um skyldu Samkeppniseftirlitsins til að leggja stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja, við nánar tilteknar aðstæður. Byggist tillagan eins og núgildandi ákvæði á fyrirmyndum úr EES/EB-samkeppnisrétti.“

⁶⁰ Sjá t.d. dóm EFTA-dómstólsins frá 18. apríl 2012 í máli nr. E-15/10, *Posten Norge AS gegn Eftirlitsstofnun EFTA*: "With regard to Norway Post's second claim, that it was not and could not have been aware of the alleged anti-competitive effects of its conduct, the Court recalls that, pursuant to Article 23(2)(a) of Chapter II of Protocol 4 SCA, infringements of Articles 53 and 54 EEA may be committed both intentionally and negligently."

⁶¹ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í sameinuðum málum nr. T-202, 204 og 207/98 *Tate & Lyle, British Sugar plc and Napier Brown plc v Commission* [2001] 5 CLMR 22: „It is settled case-law that, for an infringement of the competition rules of the Treaty to be regarded as having been committed intentionally, it is not necessary for an undertaking to have been aware that it was infringing those rules. It is sufficient that it could not have been unaware that its conduct was aimed at restricting competition.“



en ekki er hins vegar sjálfgefið að brot framin af gáleysi eigi að leiða til lægri sekta en ella.⁶²

Hér er einnig rétt að líta til þess að Hæstiréttur hefur talið að bannregla 11. gr. samkeppnislaga sé ekki of óljós til að ákvörðun viðurlaga verði reist á henni, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 323/2003 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*. Líta má einnig til þess að dómstólar ESB hafa talið að ætlað flókið eðli tiltekinnar misnotkunar á markaðsráðandi stöðu eða ný túlkun á samkeppnisreglum geti ekki leitt til lækkunar sekta.⁶³

Í úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/1996, *Osta- og smjörösalan gegn samkeppnisráði* og nr. 7/2009, *Bændasamtök Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*, var því slegið föstu að ákvæði samkeppnislaga gildi um viðskipti með búvörur nema ákvæði sérlaga heimili annað. Sú breyting sem gerð var á búvörulögum með lögum nr. 85/2004 fól ekki í sér að ákvæðum 11. gr. samkeppnislaga væri vikið til hliðar gagnvart markaðsráðandi fyrirtækjum í mjólkuriðnaði. Ákvæði laga nr. 85/2004 bera þetta með sér og hnykkt var á þessari túlkun í álitgerð sem lögð var til grundvallar í því frumvarpi sem varð að lögum nr. 85/2004.⁶⁴ Þetta gat ekki dulist MS.

Eins og nánar er rökstutt hér á eftir eru MS og Osta- og smjörösalan eitt og sama fyrirtækið í skilningi samkeppnislaga. Með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2006 var staðfest sú niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að Osta- og smjörösalan sf., hefði brotið gegn c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 17/2010, *Rannsókn Samkeppniseftirlitsins á meintri misnotkun Mjólkursamsölnunnar ehf. á markaðsráðandi stöðu*, var fjallað um hvort MS hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga.

⁶² Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. C-137/95P *SPO v Commission* [1996] ECR I-1611.

⁶³ Sjá hér dóm dómstóls ESB frá 6. desember 2012 í máli nr. C-457/10, *AstraZeneca v. Commission*. Í málinu hélt markaðsráðandi fyrirtæki því fram að lækka ætti sekt þess þar sem banninu við misnotkun á markaðsráðandi stöðu hefði aldrei áður verið beitt með þeim hætti og gert var gagnvart fyrirtækinu (*„...they maintain that the General Court ought to have reduced the amount of the fine on the ground that the abuses were novel. In the present case, the competition rules relating to those abuses had never been established before, which, ... justifies the imposition of a symbolic fine.”* sbr. mgr. 159) Dómstóllinn féllst ekki á þetta og benti á að þrátt fyrir að ekki hafi áður verið fjallað um viðkomandi brot hefði fyrirtækinu ekki getað dulist að háttsemi þess væri til þess fallin að raska samkeppni, sbr. mgr. 164 í dómnum. Sjá einnig dóm dómstóls ESB í máli nr. C-333/94P *Tetra Pak v Commission* [1996] ECR I-5951. Í því máli hélt fyrirtæki sem misnotað hafði markaðsráðandi stöðu sína því einnig fram að lækka ætti sekt þess vegna þess að engin fordæmi væru fyrir túlkun framkvæmdastjórnar ESB á samkeppnisreglum í málinu og að brotið byggði á flóknu mati. Hvorki dómstóll ESB né undirréturinn féllst á þetta: *„ ... the Court of First Instance weighed the seriousness of the infringement against the circumstances invoked by Tetra Pak. It considered that, even if in some respects defining the relevant product markets and the scope of Article 86 may have been a matter of some complexity, Tetra Pak could not have been unaware, given its quasi-monopoly on the aseptic markets and its leading position on the non-aseptic markets, that the practices in issue contravened the rules in the Treaty. The Court of First Instance concluded that the manifest nature and particular gravity of the restrictions on competition resulting from the abuses in question justified upholding the fine, notwithstanding the allegedly unprecedented nature of certain legal assessments in the contested decision. By that reasoning, the Court of First Instance dealt adequately with Tetra Pak's argument based on the mitigating circumstances on which it could rely. The fifth plea in law must therefore also be dismissed.”*

⁶⁴ Álitgerð um samkeppnisumhverfi í landbúnaði og stöðu búvöruframleiðslu gagnvart samkeppnislögum, apríl 2004. Á bls. 44 eru tillögur álitsgjafanna um breytingar á 13. og 71. gr. búvörulaga skýrðar. Kemur þar fram að þrátt fyrir þær muni ákvæði 11. gr. samkeppnislaga „*gilda um innlendan mjólkuriðnað, eftir því sem við ætti.*”



Samkvæmt þessu hefur MS áður sætt afskiptum samkeppnisyfirvalda og ætti því að þekkja vel inntak samkeppnislaga og þá sérstaklega 11. gr. laganna. Hér skiptir og máli að MS er öflugt fyrirtæki á sínu sviði og hefur í samkeppnismálum notið ráðgjafar sérfræðinga. MS mátti því vera ljóst að 11. gr. samkeppnislaga tekur til markaðsráðandi fyrirtækja í mjólkuriðnaði og að ákvæði búvörulaga veittu fyrirtækinu ekki heimild til þess að beita samkeppnishamlandi verðmismunun.

Ekkert í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 40/2009, *Samruni Kaupfélags Skagfirðinga svf. og Mjólkur ehf./Eyjabú ehf.*, gat gefið MS tilefni til þess að ætla að aðgerðir þess, í því máli sem hér er til umfjöllunar, væru samþýðanlegar 11. gr. samkeppnislaga. Þannig var t.d. ekki fjallað um verðtilfærslu í framangreindri ákvörðun nr. 40/2009 eða gefið til kynna að verðlagning MS á hrámjólk félli ekki undir bann samkeppnislaga við misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

Samkvæmt framangreindu mátti MS vera það ljóst að sú verðmismun sem mál þetta tekur til var ljóslega til þess fallin að raska samkeppni og fela í sér alvarlegt brot á 11. gr. samkeppnislaga. Styður þetta að brot þessa máls telst vera alvarlegt og ekki er því unnt að fallast á það með MS að ekki sé tilefni til að beita sektum í málinu. Ekki er heldur unnt að fallast á það með fyrirtækinu að brot þessi hafi verið framið af gáleysi sem réttlæti verulega lægri sekt en ella.

Eðli og umfang brota

Mál þetta varðar viðskipti með ógerilsneydda hrámjólk. Hún er nýtt til framleiðslu á ýmiskonar mjólkurvörum. Mjólkurvörur eru stór hluti af matarinnkaupum heimila í landinu. Í kynningarriti um MS á heimasíðu félagsins er m.a. getið um meðalneyslu á íbúa á árinu 2013 á tilteknum tegundum mjólkurvara. Fram kemur að neysla á drykkjarmjólk var um 93,5 lítrar á íbúa, neysla á ferskum mjólkurvörum var um 149 lítrar á íbúa og á ostum og smjörvörum um 26 kíló á íbúa. Hér er aðallega um innlenda framleiðslu að ræða en í skýrslu Samkeppniseftirlitsins nr. 1/2012 *Verðþróun og samkeppni á dagvörumarkaði* kemur fram að nær allar mjólkurvörur sem neytt er hér á landi séu innlend framleiðsla enda innflutningur takmarkaður með opinberri vernd, s.s. tollkvótum. Aðallega er um að ræða innflutning á jógúrt. Af gögnum Hagstofu Íslands um neyslu ýmissa vörutegunda má sjá að hluti mjólkurvara af heildarútgjöldum heimila á mat- og drykkjarvörum var að meðaltali um 16%⁶⁵ á árunum 2010 til 2012. Mál þetta tengist því mikilvægri neysluvöru.

Í máli þessu liggur fyrir að MS og tengd félög eru með yfirburðastöðu á íslenskum mjólkurmarkaði er heggur nærri einokun. MS beitti keppinauta sína verðmismunun við kaup þeirra á hrámjólk. Hrámjólk er grundvallar hráefni til vinnslu mjólkurafurða og hefur mismunun í verði hennar augljós áhrif á möguleika þess fyrirtækis sem sætir mismunun til þess að keppa. Keppinautar MS þurftu því ekki aðeins að sæta því að markaðsráðandi fyrirtæki beitti þá mismunun í verði heldur einnig að félög tengd MS fengju þetta hráefni á mun lægra verði sem var til þess fallið að veita þeim verulegt samkeppnisforskot. gagnvart Mjólkurbúinu og áður Mjólkur I. Með þessu móti var geta Mjólkur I og

⁶⁵ Samkvæmt upplýsingum Hagstofu Íslands voru mjólk og ostar með um 92% vægi í útgjaldaflöknum *Mjólk, ostar og egg* og í vöruflokknum *Olíur og feitmeti* höfðu fituríkar mjólkurvörur um 50% vægi.



Mjólkurbúsins til þess að keppa við MS og tengd félög á markaði fyrir sölu mjólkurafurða skert með alvarlegum hætti og markaðsráðandi staða MS samstæðunnar varin. Er það til þess fallið að skaða á endanum hagsmunum neytenda.

Samkvæmt framansögðu eru brot þessa máls þeirrar tegundar, bæði með hliðsjón af eðli þeirra og umfangi, að full ástæða er til beita sektarheimild 37. gr. samkeppnislaga.

Ítrekun

Við mat á fjárhæð sekta ber skv. 37. gr. samkeppnislaga jafnframt að líta til þess hvort um ítrekuð brot sé að ræða, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2012 *Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Ítrekun leiðir að öllu jöfnu til þyngingar viðurlaga. Sú staðreynd að fyrirtæki fremur aftur sambærileg brot sýnir að sekt sem lögð var á í eldra máli hafði ekki áhrif til varnaðar frekari brotum þess, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands frá 2. október 2008 í máli nr. 550/2007 *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Um ítrekunaráhrif getur verið að ræða þrátt fyrir að ekki hafi verið lögð á sekt í hinu eldra máli.⁶⁶

Eins og fyrr segir var með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2006 staðfest að Osta- og smjörölsalan sf., hefði brotið gegn c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Kemur til skoðunar í málinu hvort sá úrskurður hafi ítrekunaráhrif í þessu máli.

Af 11. og 37. gr. samkeppnislaga leiðir að unnt er að leggja stjórnvaldssekt á „fyrirtæki“ vegna misnotkunar á markaðsráðandi stöðu. Hugtakið fyrirtæki í samkeppnisskiptingunni sýnir sjálfstæðri skýringu og tekur til hvers konar aðila eða einingar sem stundar atvinnustarfsemi. Hugtakið er þannig af efnahagslegum toga og ekki er skilyrði að fyrirtæki sé löggjafi. Vísast um þessi atriði til m.a. úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008, *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Af þessu leiðir að brot sem framin eru í nafni eins lögaðila geta leitt til ítrekunaráhrifa gagnvart öðrum ef viðkomandi aðilar eru í raun hluti af sama fyrirtækinu í skilningi samkeppnisskiptingarinnar.⁶⁷

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 39/2006, *Erindi Mjólku ehf. vegna misnotkunar Osta- og smjörölsölsunnar sf. á markaðsráðandi stöðu*, er Osta- og smjörölsölsunni lýst svo:

„Osta- og smjörölsalan starfar samkvæmt heimildum búvörulaga. Félagið er eins og áður sagði sameignarfélag í eigu fjögurra lögaðila, sem starfrækja níu afurðastöðvar, en þær eru Mjólkursamsalan sf. (sem rekur sex afurðastöðvar víðsvegar á landinu), Mjólkursamlag Ísfirðinga svf., Norðurmjólk ehf. og Kaupfélag Skagfirðinga. Osta- og smjörölsalan er markaðs- og söluvörutæki í

⁶⁶ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB frá 8. febrúar 2007 í máli nr. C-3/06, *Group Danone v Commission*: „41 ... the Court of First Instance correctly noted, at paragraph 363 of the judgment under appeal, that the concept of repeated infringement does not necessarily imply that a fine has been imposed in the past, but merely that a finding of infringement of Community competition law has been made in the past.“

⁶⁷ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB frá 30. september 2003 í máli nr. T-203/01, *Michelin v Commission*. Dómstóllinn staðfesti þá niðurstöðu framkvæmdastjórnarinnar að brot framið af dótturfélagi í eldra máli leiddi til ítrekunaráhrifa hjá móðurfélagi.



eigu mjólkursamlaganna, en samkvæmt samþykktum félagsins er tilgangur þess að annast á umboðsgrundvelli sölu og dreifingu á smjöri, osti, mjólkurdufti og hvers kyns öðrum mjólkurafurðum ..."

Í kafla III 2.2 í ákvörðun þessari er því lýst hvernig framangreindir aðilar (að KS undanskildu) runnu saman og MS var stofnað í árslok 2006. Eftir þær breytingar kveðst MS vera „rekstrarfélag mjólkuriðnaðarins á Íslandi“, sbr. heimasíðu félagsins. Hlutverk fyrirtækisins er að sjá um alla móttöku, framleiðslu, pökkun, markaðssetningu, sölu og dreifingu mjólkurafurða. Í þessu felst þannig að á sama tíma og MS var stofnuð gekk Osta- og smjörsalan sf. inn í hið nýja rekstrarfélag. Hefur MS lýst í málinu hvernig verkefni Osta- og smjörsölnunnar færðust til fyrirtækisins og m.a. tekið fram að MS hafi tekið við öllu sölu- og markaðsstarfi Osta- og smjörsölnunnar. Í ljósi alls þessa telur Samkeppniseftirlitið að MS og Osta- og smjörsalan séu eitt og sama fyrirtækið í skilningi samkeppnislaga.

Í athugasemdum sínum virðist MS ekki mótmæla því að það og Osta- og smjörsalan séu sama fyrirtækið í skilningi samkeppnislaga. Hins vegur telur fyrirtækið að það eigi að draga úr ítrekunaráhrifum að stjórn MS sé að mestu skipuð einstaklingum sem ekki sátu í stjórn Osta- og smjörsölnunnar þegar brot hennar átti sér stað. Þessu til stuðnings vísar MS til ákvörðunar framkvæmdastjórnar ESB í Interbrew og Alken-Maes málinu. Það mál varðaði ólöglegt samráð á belgíska bjórmarkaðnum. Fyrirtækið Alken-Maes/Danone var þátttakandi í því broti. Framkvæmdastjórnin hækkaði sekt fyrirtækisins verulega sökum ítrekunar. Vísaði hún til eldri ákvarðana (sem teknar höfðu verið annars vegar fyrir 17 árum og hins vegar fyrir 24 árum) þar sem komist hafði verið að þeirri niðurstöðu að forveri Alken-Maes/Danone (Boussois-Souchon-Neuvesel (BSN)) hefði tekið þátt í ólöglegu samráði á mörkuðum fyrir tilteknar tegundir af gleri. Taldi framkvæmdastjórnin ekki skipta máli í því samhengi að eldri brotin hefðu verið framin af forvera fyrirtækisins og á ótengdum mörkuðum.⁶⁸ Til viðbótar benti framkvæmdastjórnin m.a. á að sami maður hefði verið stjórnarformaður þegar umrædd þrjú brot áttu sér stað.⁶⁹

⁶⁸ Dómstólar ESB staðfestu að þá niðurstöðu að rétt hafi verið að þyngja viðurlög vegna ítrekaðra brota. Í dómi undirréttar ESB frá 25. október 2005 í máli nr. T-38/02 segir m.a.: „354 In any event, in order to establish infringement, the Commission at least relied on the fact that the applicant had previously been found to have committed an infringement on 23 July 1984 in the Benelux Flat Glass Decision. Having regard to the objective pursued by the Commission in increasing the fine to take account of repeated infringement, namely to deter the offender from committing a similar infringement, the fact that a finding of infringement made 17 years earlier was taken into account to that end cannot infringe the principle of legal certainty. That is all the more the case since in the present case the infringement began on 28 January 1993, that is to say only eight years and six months after the adoption of the Benelux Flat Glass Decision. A policy of penalising repeated infringement can have no practical effect on a person who has committed a first infringement unless the threat of a more severe penalty for a new infringement can be effective over time and thus influence that person's conduct.

355 The validity of that reasoning cannot be called into question by the fact that the Commission also mentioned in the contested decision that the first infringement of the same type had been found in respect of the applicant on 15 May 1974 in the Glass Containers Decision, that is to say 27 years before the finding of infringement in the present case. That is all the more so since, as the Commission rightly observed at the hearing, the fact that on two occasions less than ten years have elapsed between the findings of infringement made on 15 May 1974 and 23 July 1984 and the applicant's repetition of unlawful conduct shows its propensity not to draw the appropriate consequences from a finding that it has infringed the Community competition rules.“ Sjá einnig dóm dómstóls ESB frá 8. febrúar 2007 í máli nr. C-3/06.

⁶⁹ Sjá mgr. 314 í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar: „...The Commission regards it as relevant in this respect that during the period in which the three infringements were committed by BSN/Danone the same person occupied the post of chairman and chief executive. In addition, at least two of Danone's directors who were



Horfa ber til ítrekunar við beitingu 37. gr. samkeppnislaga þegar sama fyrirtæki hefur áður framið brot á lögnum. Sú staðreynd að skipt hefur verið um stjórn/stjórnendur (í heild eða hluta) breytir engu um ítrekunaráhrif. Eftir sem áður hefur sama fyrirtækið aftur brotið samkeppnislög. Hið ítrekaða brot sýnir og að breytingar á stjórn/stjórnendum hafi ekki haft þau áhrif að viðkomandi fyrirtæki hafi látið af brotum.

Við álagningu sekta í samkeppnisrétti er heimilt að hafa hliðsjón af hvers kyns málaefnalegum sjónarmiðum. Það getur því verið eðlilegt að hafa hliðsjón af því að sömu stjórnendur hafi rekið viðkomandi fyrirtæki þegar mjög langt líður milli brota (sem framin eru á ótengdum mörkuðum og af mismunandi lögaðilum). Af Interbrew og Alken-Maes málinu verður hins vegar ekki dregin sú ályktun að það horfi til mildunar hvað ítrekun áhrærir ef fyrirtæki skiptir um stjórnendur milli brota.

Með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2006 var staðfest sú niðurstaða að Osta- og smjörsalan sf. hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína með því að beita Mjólku I verðmismunun. MS hefur brotið 11. gr. samkeppnislaga með sama hætti í þessu máli. Er hér án efa um ítrekun að ræða sem horfir til þyngingar viðurlaga.

Möguleg áhrif

Ákvæði 37. gr. samkeppnislaga gera ekki samkvæmt orðalagi sínu þá kröfu að sektir séu metnar með hliðsjón af þeim áhrifum sem viðkomandi ráðstöfun hefði í reynd haft á markaðnum. Hefur áfrýjunarnefnd samkeppnismála í því samhengi bent á að „*ekki skipti öllu máli hvort skaðleg áhrif hafi sannanlega orðið í hvert og eitt sinn þegar markaðsráðandi staða er misnotuð*“, sbr. úrskurð í máli nr. 10/2011 *Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Af þessu leiðir að bæði er heimilt og eðlilegt, í því skyni að skapa varnaðaráhrif, að leggja á stjórnvaldssektir vegna brots á bannreglum samkeppnislaga þrátt fyrir að ekki sé sýnt fram á samkeppnislegan skaða, t.d. að verð hafi hækkað eða keppinautur hafi hrökklast út af markaðnum, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 550/2007 *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Er þetta sama regla og gildir í EES/ESB-samkeppnisrétti.⁷⁰ Hefur komið skýrt fram að við mat á sektum sé ekki þörf á að horfa til þess að brot hafi ekki skilað viðkomandi fyrirtæki hagnaði eða öðrum ávinningi. Eftir sem áður sé rétt að leggja á sektir til að tryggja varnaðaráhrif.⁷¹

responsible for food operations during the bilateral cartel were employed in the company's plate glass division at the time of the earlier infringement(s)."

⁷⁰ Sjá hér t.d. mgr. 165-166 í dómi dómstóls ESB frá 6. desember 2012 í máli C-457/10 AstraZeneca v. Commission. Sjá einnig dóm undirréttar ESB frá 30. september 2003 í máli nr. T-203/01 Michelin v Commission: „... the applicant states that, in the contested decision ... the Commission based its assessment of the seriousness of the infringement on its alleged effects, without carrying out a detailed analysis. It maintains that the Commission made a serious error of assessment in evaluating the alleged effects of the infringement for the purpose of determining its seriousness. The applicant, submits that the practices complained of never had the anti-competitive effects which the Commission alleges. The Court notes that, in the contested decision, the Commission did not examine the specific effects of the abusive practices. Nor was it required to do so ... It is true that, in recitals 355 to 357 of the contested decision, the Commission speculated on the effects of the abusive conduct. However, the seriousness of the infringement was established by reference to the nature and the object of the abusive conduct. ... it is clear from settled case-law ... that factors relating to the object of a course of conduct may be more significant for the purposes of setting the amount of the fine than those relating to its effects.“

⁷¹ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-213/00 CMA CGM and others v Commission [2003] ECR II913: „...the fact that an undertaking did not benefit from an infringement cannot, according to the case-law, preclude the imposition of a fine, since otherwise it would cease to have a deterrent effect ... It follows that, contrary to Senator Lines' argument, the Commission is not required, in order to fix fines, to establish that the



Ef hins vegar „*sýnt er fram á að ólögmæt aðgerð hafi komist til framkvæmda getur það haft áhrif til hækkunar sekta*“ eins og segir í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008. Skipta ber mati á áhrifum af samkeppnislaga broti í tvennt. Annars vegar hvort tiltekið brot hafi verið framkvæmt. Ólögmætur samningur markaðsráðandi fyrirtækis sem kemst til framkvæmda er dæmi um þetta, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2002 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*. Hins vegar þarf að meta hvort framkvæmdin hafi leitt af sér bein áhrif á markaðnum, t.d. á verð vöru eða þjónustu eða á keppinaut.⁷² Báðar þessar tegundir af áhrifum af broti geta falið í sér rök til hækkunar á sektum.

Í máli þessu liggur fyrir að umræddum aðgerðum MS var hrint í framkvæmd og viðskiptavinirnir og keppinautarnir Mjólka I og Mjólkurbúið voru beittir umtalsverðri verðmismunun. Aðgerðir MS voru því til þess fallnar að raska samkeppni með alvarlegum hætti. Brot MS vann þannig gegn því að keppinautar gætu veitt meira samkeppnislegt aðhald á markaði. Hefur sú staðreynd að aðgerðum var hrint í framkvæmd áhrif á viðurlög.

Tímalengd brota o.fl.

Brot MS í málinu hafa staðið a.m.k. frá árinu 2008 til ársloka 2013, sbr. umfjöllun hér að framan. Í skilningi samkeppnislaga hefur brot MS því staðið lengi, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands frá 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010, *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Horfir þetta til þyngingar viðurlaga.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006, *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, segir:

„Til þess að stjórnarsýslusektir sem þessar geti haft tilætluð áhrif verður loks að taka mið af styrkleika áfrýjanda en þar kemur velta hans á síðasta almanaksári og þeirrar samstæðu, sem hann tilheyrir, einkum til skoðunar.“

Í úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 14/2009 *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* er framangreint áréttað og bent á að ef við ákvörðun viðurlaga sé ekki horft til fjárhagslegs styrkleika sé ekki nægjanlega stuðlað að því að fyrirtæki virði samkeppnislög. Í dómi Hæstaréttar í máli nr. 188/2010 *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* var niðurstaða héraðsdóms um sektir staðfest með vísan til forsendna. Í héraðsdómi kemur fram að við mat á sekt hafi m.a. verið tekið tillit til fjárhagslegs styrks Haga „*á þeim tíma sem brotið var framið.*“

Eins og leiðir af framangreindu er við mat á fjárhæð sekta eðlilegt að horfa til heildarveltu hins brotlega aðila og þeirrar samstæðu, sem hann tilheyrir. Í samkeppnisrétti hefur

infringement brought about an unlawful advantage for the undertakings concerned, or to take into consideration any lack of benefit from the infringement"

⁷²Af úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 14/2001 má ráða að gerður er greinarmunur annars vegar á því hvort tiltekið samráð hafi komist til framkvæmda og hins vegar hvort samráðið hafi haft bein áhrif á verð (verðáhrif). Sjá hér einnig t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í *Zinc Phosphate Cartel* málinu [2003] 5 CMLR 14: „... the actual impact of a complex of agreements in the market depends on, first whether these arrangements were implemented and, secondly, whether the implementation of these arrangements produced an effect in the market.“



einnig verið bent á það að velta á þeim markaði sem brotið tók til geti gefið sanngjarna vísbendingu um umfang brotsins. Jafnframt gefi velta á viðkomandi markaði til kynna hlutlægan mælikvarða á því tjóni sem brot getur valdið samkeppni á markaðnum.⁷³

MS er markaðsráðandi á markaði sem skilgreindur hefur verið í máli þessu. Á árinu 2013 keyptu aðeins MS og KS hrámjólk af mjólkurbændum. Í árskýrslu Auðhumlu er að finna upplýsingar um þessi viðskipti. Ef mjólkurinnlegg (greiðlumarks mjólk en ekki mjólk utan greiðslumarks sem er keypt á um helmingi lægra verði til útflutnings) er margfaldað með lágmarksverði til bænda á þeim tíma um 81 kr. sést umfang þessara viðskipta, sbr. eftirfarandi töflu:

Innvigtun mjólkur innan greiðslumarks verðlagsárið 2013:

Fyrirtæki	Lítrar	Krónur
Innlegg hjá MS	104.018.874	8.425.528.794
Innlegg hjá KS	11.981.126	970.471.206
Innlegg á landinu öllu	116.000.000	9.396.000.000

Hér að framan hefur verið gerð grein fyrir viðskiptum Mjólkurbúsins (og áður Mjólkku I) við MS. Brot þessa máls tengjast því umfangsmiklum viðskiptum á mikilvægu hráefni. Heildarvelta Auðhumlu, móðurfélags MS, var samkvæmt samstæðureikningi 21,9 milljarðar kr. á árinu 2013 og 20,6 milljarðar kr. árið 2012. Virðist velta móðurfélagsins sjálfs vera óveruleg enda tekið fram á í kynningarriti MS á heimasíðu að heildarvelta MS á árinu 2013 sé 22 milljarðar kr.⁷⁴

Með vísan til alls framangreinds telur Samkeppniseftirlitið hæfilegt að leggja 370.000.000 kr. sekt á MS vegna brots fyrirtækisins gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Í máli þessu er hnykkt á skyldum MS samstæðunnar skv. 11. gr. samkeppnislaga. Má henni vera ljóst að það felur í sér alvarlegt brot á umræddu ákvæði laganna ef viðskiptavinir eru beittir verðmismunun af þeim toga sem fjallað er um í þessu máli. Hið sama gildir um aðgerðir gagnvart keppinautum sem ekki fela í sér samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu heldur eru til þess fallnar að raska samkeppni með óeðlilegum hætti. Ber að áréttta að sökum yfirburðastöðu MS samstæðunnar eru umræddar skyldur skv. 11. gr. samkeppnislaga sérstaklega ríkar. Með hliðsjón af þessu telur Samkeppniseftirlitið ekki þörf á því, í þessari ákvörðun, að beita heimildum 16. gr. samkeppnislaga.

⁷³ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-224/00 Amnio Acids [2003] 5 CMLR 12: „... as is clear from settled case-law ... the proportion of turnover derived from the goods in respect of which the infringement was committed is likely to give a fair indication of the scale of the infringement on the relevant market. In particular, as the Court of First Instance has emphasised, the turnover in products which have been the subject of a restrictive practice constitutes an objective criterion which gives a proper measure of the harm which that practice causes to normal competition ... ”.

⁷⁴ Sjá http://www.ms.is/resources/Files/ms_is/baeklingur/index.html#23/z



VI. Ákvörðunarorð:

„Mjólkursamsalan ehf. (kt.540405-0340) braut gegn 11. samkeppnislaga með þeim aðgerðum sem nánar er lýst í ákvörðun þessari.

Með vísan til rökstuðnings í ákvörðun þessari og með heimild í 37. gr. samkeppnislaga skal Mjólkursamsalan ehf. greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 370.000.000 vegna brots á 11. gr. samkeppnislaga.

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

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson