



## SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Fimmtudagur, 7. júlí 2016

Ákvörðun nr. 19/2016

### Brot Mjólkursamsölunnar ehf. á samkeppnislögum

#### Efnisyfirlit

bls.

SAMANTEKT.....	4
I. UPPHAF MÁLS OG MÁLSMEDFERÐ .....	8
1. Fyrirtæki sem koma við sögu í máli þessu .....	8
2. Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 26/2014 og úrskurður .....	
áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2014 .....	9
3. Gagnaöflun eftir úrskurð áfrýjunarnefndar .....	10
4. Andmælaskjalið o.fl. ....	11
II. AÐGERÐIR MS OG ÁKVÆÐI BÚVÖRULAGA.....	13
1. Samspil samkeppnislaga og búvörulaga .....	15
2. Var verð MS á hrámjólk ákvarðað á grundvelli búvörulaga? .....	18
2.1 Var verðið á hrámjólkinni ákveðið samkvæmt 1. mgr. 8. gr. búvörulaga? .....	19
2.2 Var verðið á hrámjólkinni ákveðið samkvæmt 1. mgr. 13. gr. búvörulaga? .....	20
2.3 Um sjónarmið MS .....	21
2.3 Niðurstaða.....	22
3. Þýðing laga nr. 85/2004, fyrirmæli um nýja rannsókn o.fl.....	22
3.1 Um þýðingu laga nr. 85/2004 .....	23
3.1.1 Búvörulög fram að setningu laga nr. 85/2004 .....	23
3.1.2 Aðdragandi laga nr. 85/2004 .....	26
3.1.3 Breytingin á 3. mgr. 13. gr. búvörulaga .....	29
3.1.4 Breytingin á 71. gr. búvörulaga.....	31
3.1.5 Voru samkeppnislögin gerð „óvirk“?.....	33
3.1.6 Nánar um sjónarmið MS og niðurstaða.....	35
3.2 Áform landbúnaðarráðherra um að fella niður verðtilfærslu.....	37
3.3 Nánar um skýringar MS á verðlagningu á hrámjólk og fyrirmæli .....	
um nýja rannsókn .....	40
4. Aðdragandi samkomulagsins frá júlí 2008.....	42
4.1 Stefnumarkandi samkomulag á milli MS svf. og KS frá 14. júní 2005 .....	43
4.2 Hluthafasamningur Auðhumlu, MS svf. og KS, dags. 28. nóvember 2006 .....	44
4.3 Hluthafasamningur milli Auðhumlu og KS, dags. 15. júlí 2008.....	45
5. Samkomulagið frá júlí 2008 .....	45
5.1 Nánar um efni samkomulagsins.....	46



6.	Forsenda samkomulagsins bregst .....	53
6.1	Verðtilfærsla ekki aflögð .....	54
6.2	Verðtilfærsla á rannsóknartímabilinu .....	56
6.3	Um sjónarmið MS og niðurstaða .....	60
7.	Framkvæmdin á samkomulaginu frá júlí 2008 og tengd atriði .....	62
7.1	Framleiðsluvörur MS, KS, Mjólku I, Mjólku II og Mjólkurbúsins .....	62
7.2	Mjólkursöfnun Auðhumlu og viðskipti við MS .....	66
7.3	Viðskipti MS við KS og Mjólku II .....	67
7.3.1	Um „lítratengd sjóðagjöld“ og skiptingu flutningskostnaðar .....	68
7.3.2	Um umboðslaun í innbyrðis viðskiptum með mjólkurafurðir og kauprétt MS að hlutum í Mjólku II .....	69
7.3.2	Nánar um viðskipti MS við Mjólku II .....	74
7.4	Breyting á samkomulaginu frá júlí 2008, dags. 26. febrúar 2009 .....	76
7.5	Samkomulag um framleiðslu og vinnslu milli KS og MS, dags. 12. mars 2009 .....	77
7.6	Kredit sölureikningur KS til MS frá 28. febrúar 2010 o.fl. ....	79
7.7	Samkomulag um verkaskiptingu og framlegð, dags. 2. mars 2010 .....	84
7.8	Minnispunktur MS og KS frá 28. apríl 2010 .....	87
7.9	Undirritaður viðaukasamningur af KS eingöngu, dags. 24. júní 2010 .....	88
7.10	Viðauki frá 27. ágúst 2010 og skuld KS við MS afskrifuð .....	88
7.11	Ódagsett og óundirrituð samantekt KS um reikningsvillur vegna verðbreytinga á mozzarellaosti frá MS til KS í júlí 2012 .....	91
7.12	Uppgjör framlegðarskipta MS og KS vegna verkaskiptingar .....	91
7.13	Nýr samningur MS og KS um verkaskiptingu í mjólkuriðnaði, dags. 2. október 2014, og breyttar áherslur í september 2015. ....	94
8.	Niðurstaða .....	97
III.	SKILGREINING MARKAÐARINS OG STAÐA MS .....	103
1.	Skilgreining markaðarins .....	103
1.1	Ekki staðganga milli hrámjólkur og annarra hráefna .....	105
1.2	Markaður fyrir heildsölu á hrámjólku til vinnslu .....	106
1.3	Starfa mjólkurbændur á sama markaði og MS? .....	108
1.4	Markaðir fyrir framleiðslu og sölu á mjólkurafurðum .....	111
1.5	Landfræðilegi markaðurinn .....	117
2.	Staða MS á markaðnum .....	117
2.1	Almennt um stöðu MS, eldri mál og eigið mat MS á stöðu sinni .....	118
2.2	Markaðshlutdeild og keppinautar .....	121
2.3	Veita eigendur MS samkeppnislegt aðhald? .....	123
2.4	Niðurstaða .....	127
IV.	AÐGERÐIR MS GAGNVART MJÓLKU I OG MJÓLKURBÚINU O.FL. ....	129
1.	Viðskiptakjör MS á hrámjólku gagnvart tengdum og ótengdum aðilum .....	130
1.1	Hrámjólku til KS og Mjólku II verðlögð undir kostnaði .....	135
1.2	Niðurstaða .....	136
2.	Umfang viðskipta MS við Mjólku I og Mjólkurbúinu .....	137
3.	Aðstæður á markaði á rannsóknartímabilinu .....	138
3.1	Mjólka I verður háð MS .....	139
3.2	Samkeppnisógn af Mjólku I á árunum 2008-2009 .....	140
3.3	Hækkun árið 2009 á verði á hrámjólku til Mjólku I .....	144
3.4	KS kaupir Mjólku I .....	147



3.5	Verðhækkun MS/KS eftir að samkeppnisaðhald frá Mjólku I hverfur.....	150
3.6	Áhrif verðmismunar á framleiðslu Mjólku I og Mjólkurbúsins .....	150
3.7	Áhrif samstarfs MS og KS .....	151
V.	MISNOTKUN Á MARKAÐSRÁÐANDI STÖÐU .....	156
1.	Sérstaklega ríkar kröfur gilda um MS .....	156
2.	Lagaleg flokkun á aðgerðum MS.....	159
3.	Ólögmet verðmismunun .....	160
3.1	Ólíkir skilmálar í samskonar viðskiptum.....	161
3.1.1	Voru viðskiptin sambærileg? .....	162
3.1.2	Voru skilmálarnir ólíkir? .....	164
3.1.3	Var kostnaður mismunandi? .....	165
3.2	Veiking á samkeppnisstöðu.....	169
3.2.1	Keppinoutar á innkaupahliðinni .....	171
3.2.2	Keppinoutar á söluhliðinni .....	172
3.2.3	Nánar um sjónarmið MS.....	173
3.3	Hlutlægar réttlættingarástæður o.fl. ....	175
3.4	Niðurstaða.....	177
4.	Verðþrýstingur .....	179
5.	Ólögmet viðskiptakjör .....	183
6.	Niðurstaða um brot MS á 11. gr. samkeppnislaga .....	190
VI.	BROT GEGN 19. GR. SAMKEPPNISLAGA.....	194
1.	Upplýsingagjöf MS.....	195
1.1	Rannsókn sem leiddi til ákvörðunar nr. 17/2010.....	195
1.2	Rannsóknin sem leiddi til ákvörðunar nr. 26/2014 .....	199
1.2.1	Bréf MS frá 7. janúar 2013 .....	199
1.2.2	Bréf MS frá 13. febrúar 2013 .....	199
1.2.3	Athugasemdir MS frá 14. mars 2014.....	200
1.3	Mál áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 5/2014 .....	200
1.4	Bréf MS frá 28. janúar 2015 .....	203
1.5	Önnur sjónarmið MS vegna gagnamálsins .....	205
2.	Brot MS gegn 19. gr. samkeppnislaga .....	205
VII.	VIÐURLÖG OG AÐGERÐIR .....	210
1.	Sjónarmið MS um viðurlög .....	210
2.	Niðurstaða um viðurlög .....	213
2.1	Eðli og umfang brota .....	214
2.2	Ítrekun .....	214
2.3	Ætluð óvissa og huglæg afstaða .....	216
2.4	Möguleg áhrif.....	219
2.5	Tímalengd brota o.fl. ....	221
2.6	Nánar um sjónarmið MS.....	222
3.	Aðgerðir til að efla samkeppni .....	228
3.1	Breytingar á skilmálum MS eftir rannsóknartímabilið.....	229
3.2	Niðurstaða.....	230
VIII.	Ákvörðunarorð:.....	234



## SAMANTEKT

### *Tilfni og aðdragandi ákvörðunar*

Ógerilsneydd mjólk (hrámjólk) er grundvallar hráefni við framleiðslu á hvers kyns mjólkurvörum. Verðlagning og aðgangur að þessu hráefni skiptir því mjög miklu máli fyrir öll fyrirtæki sem vilja framleiða og selja mjólkurvörur.

Mjólkursamsalan ehf. (MS) er eina fyrirtækið hér á landi sem selur hrámjólk í heildsölu til annarra mjólkurvöruframleiðenda, ásamt því að nýta hana til eigin framleiðslu.

MS er í afar sterkri stöðu á íslenskum mjólkurmarkaði og tekur við um 90% af þeirri hrámjólk sem bændur framleiða. Til viðbótar er MS í nánum tengslum við næst stærsta fyrirtækið á mjólkurmarkaði, Kaupfélag Skagfirðinga (KS). Eru þessi fyrirtæki saman nánast einráð í mjólkurviðskiptum hér á landi.

Mjólkka (hér eftir nefnd Mjólkka I) var keppinautur MS og KS fram til ársloka 2009 en þá tók KS fyrirtækið yfir. Hefur það síðan starfað undir sama nafni sem dótturfélag KS (hér eftir nefnd Mjólkka II). Stofnandi Mjólkku I hóf ásamt öðrum á árinu 2010 rekstur á nýju fyrirtæki á mjólkurmarkaði, Mjólkurbúið Kú ehf. (Mjólkurbúið).

Í árslok 2012 varð Mjólkurbúið þess áskynja að félagið þurfti að greiða umtalsvert hærra verð fyrir hrámjólk en keppinauturinn Mjólkka II. Þetta varð Mjólkurbúinu ljóst þegar MS fyrir mistök sendi félaginu reikning fyrir kaup á hrámjólk sem ætlaður var Mjólkku II. Þetta leiddi til þess að í upphafi árs 2013 beindi Mjólkurbúið kæru til Samkeppniseftirlitsins og rannsókn málsins hófst. Var til skoðunar hvort MS hefði á árunum 2008-2013 misnotað markaðsráðandi stöðu gagnvart annars vegar Mjólkku I og hins vegar Mjólkurbúinu.

Þann 22. september 2014 tók Samkeppniseftirlitið ákvörðun í málinu og komst að þeirri niðurstöðu að MS hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína og raskað samkeppni á umræddu tímabili. Leiddi rannsóknin í ljós að Mjólkka I og síðar Mjólkurbúið höfðu þurft að greiða allt að 17% hærra verð fyrir hrámjólkina en það verð sem KS og Mjólkka II greiddu. Verðmunurinn var allt að 21% þegar horft er til þess verðs sem framleiðsludeild MS greiddi fyrir hrámjólkina.

Taldi Samkeppniseftirlitið hæfilegt að leggja á MS 370 mkr. sekt vegna þessara brota.

MS skaut ákvörðun Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem kvað upp úrskurð í málinu þann 16. desember 2014. Fyrir áfrýjunarnefnd lagði MS í fyrsta sinn fram tiltekið gagn, samkomulag við KS frá 15. júlí 2008. Taldi MS þetta gagn hafa mikla þýðingu og sýna að aðgerðir félagsins væru lögmætar.

Undir rannsókn málsins hjá Samkeppniseftirlitinu hafði MS hins vegar aldrei vísað til eða greint eftirlitinu frá þessu samkomulagi, þrátt fyrir að Samkeppniseftirlitið hefði ítrekað óskað eftir skýringum og gögnum frá MS vegna umræddrar verðlagningar á hrámjólk.



Áfrýjunarnefnd samkeppnismála bað MS að útskýra af hverju samkomulagið hefði ekki verið lagt fyrir Samkeppniseftirlitið. Niðurstaða nefndarinnar var að MS hefði ekki sett fram „*haldbærar skýringar*“ á því aðgerðarleysi félagsins. Taldi nefndin einnig að MS hefði heldur ekki gefið haldbærar skýringar á því hvers vegna „*grundvallargögn*“ um efndir samkomulagsins og uppgjör hefðu ekki verið lögð fram við meðferð málsins hjá áfrýjunarnefndinni.

Þrátt fyrir framangreint taldi áfrýjunarnefnd samkeppnismála „*sér skylt á grundvelli rannsóknarreglu stjórnsluréttar að koma málinu í þann farveg að upplýst sé um þessi atriði*“ og að nefndinni væri ófært að taka efnislega afstöðu til málsins. Sagði nefndin ekki „*komist hjá því að ógilda hinn kærða úrskurð Samkeppniseftirlitsins og leggja fyrir eftirlitið að taka á ný afstöðu til málsins að undangenginni frekari rannsókn og að fengnum sjónarmiðum er varða þýðingu samningsins á milli áfrýjanda og KS frá 15. júlí 2008, uppgjöri á milli aðila hans og efnis á því tímabili sem meint brotastarfsemi stóð yfir.*“

Ný rannsókn Samkeppniseftirlitsins hófst 19. desember 2014 og að lokinni gagnaöflun var MS sent andmælaskjal 22. október 2015 þar sem frumniðurstöðu eftirlitsins var lýst. Athugasemdir MS við andmælaskjalið bárust eftirlitinu 12. janúar 2016.

#### *Ákvörðunin*

Með þessari nýju ákvörðun tekur Samkeppniseftirlitið aftur afstöðu til aðgerða MS að undangenginni frekari rannsókn í samræmi við fyrirmæli áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Niðurstaðan er í hnotskurn sú að hin nýju gögn sýna að brot MS á samkeppnislögum er enn alvarlegra en lagt var til grundvallar í hinni eldri ákvörðun. Þá hefur MS orðið bert að því að veita samkeppnisyfirvöldum rangar upplýsingar.

Í hinni nýju ákvörðun er staðfestur framangreindur verðmunur á hrámjólkinu til annars vegar Mjólku I og Mjólkurbúsins og hins vegar til MS sjálfs, KS og Mjólku II. Einnig liggur fyrir að ólíkur kostnaður eða önnur málefnaleg rök gátu ekki réttlætt þennan verðmun. Sýnt er fram á að í raun seldi MS til KS og Mjólku II hrámjólk á verði sem stóð ekki undir kostnaði MS af viðskiptunum. Ef KS og Mjólka II hefðu þurft að borga sama verð og keppinautar þeirra fyrir hrámjólk frá MS þá hefði hráefniskostnaður þeirra verið um 239 milljónum kr. hærri en ella á árunum 2008 til ársins 2013.

Til stuðnings því að aðgerðir MS hafi ekki raskað samkeppni hefur félagið ítrekað haldið því fram að Mjólka I hafi verið mjög illa rekin og það sé ástæða þess að eigendur félagsins seldu það til KS á árinu 2009. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins er hins vegar sýnt fram á að ef MS hefði staðið frammi fyrir sama hráefnisverði og Mjólka I þá hefði MS verið rekin með umtalsverðu tapi.<sup>1</sup>

Ný gögn sýna að salan á hrámjólk á hinu lága verði til KS var aðgerð sem miðaði að því veikja Mjólku I sem keppinaut eða koma félagi út af markaði. Mjólka I hafði náð nokkrum árangri í að selja rifost og veitt m.a. að því leyti nokkra samkeppni. MS og KS ákváðu að KS skyldi einbeita sér að framleiðslu á rifosti í samkeppni við Mjólku I og fengi félagið hrámjólkina á hinu lága verði. Þegar MS síðan hækkaði verulega verð á hrámjólk til Mjólku I um mitt ár 2009 (en verðið til KS og MS sjálfs stóð í stað) hrökklaðist Mjólka I út af

---

<sup>1</sup> Sjá nánar kafla V. 4.



markaði og KS tók fyrirtækið yfir. Þegar samkeppnisaðhaldinu frá Mjólku I var þannig lokið skipulagði MS hækkun á rifosti og var ágóða af þeirri hækkun skipt á milli MS og KS.

Skýringar sem MS hefur gefið á mismunandi verðlagningu á hrámjólk til annars vegar KS og Mjólku II og hins vegar til Mjólku I og Mjólkurbúsins hafa bæði verið á reiki og rangar:

- Upphaflega gaf MS þá röngu skýringu að verðið á hrámjólk til hinna ótengdu aðila væri í samræmi við heilidsöluverð sem verðlagsnefnd búvara hefði ákveðið. Verðlagsnefndin upplýsti hins vegar Samkeppniseftirlitið um að hún hefði ekki á rannsóknartímabilinu ákveðið heilidsöluverð á hrámjólk. Verðið sem MS kaus að miða við var heilidsöluverð sem nefndin ákvað á unninni vöru, þ.e. gerilsneyddri nýmjólk. Með öðrum orðum seldi MS hinum ótengdu keppinautum hið mikilvæga hráefni á verði sem miðaðist við unnar mjólkurvörur. Með þessu móti voru hinir ótengdu keppinautar knúnir til greiða tvisvar sinnum fyrir sömu kostnaðarliðina við frumvinnslu mjólkurinnar og hafði það augljós skaðleg áhrif á getu þeirra til að keppa.
- MS gaf þá skýringu að sala á hrámjólk á hinu lága verði til KS og Mjólku II væri svonefnd verðtilfærsla sem búvörulög heimila. Síðar sagði MS að þetta hefði ekki verið verðtilfærsla.
- Grundvallarsjónarmið MS til stuðnings því að aðgerðir félagsins hafi verið lögmætar hafa byggst á 71. gr. búvörulaga og umræddu samkomulagi við KS frá 2008. Búvörulög veita afurðastöðvum í mjólkuriðnaði heimild til þess skipta með sér verkum í hagræðingarskyni. MS hefur ítrekað staðhæft að í þessari samvinnu við KS hafi falist að framleiðsla á framlegðarháum mjólkurvörum hafi flust frá KS til MS og KS einbeitt sér að framleiðslu á framlegðarlágum vörum. Til þess að þessi verkaskipting væri raunhæf hefði þurft að bæta KS framlegðartapið sem af þessu leiddi og það hefði verið gert með því að selja KS hrámjólkina á hinu lága verði. Sú sala var samkvæmt MS „*órjúfanlegur hluti*“ af verkaskiptingu sem löggjafinn hafi heimilað.

Rannsókn Samkeppniseftirlitsins sýnir hins vegar að þetta er að öllu leyti rangt hjá MS. Gögn frá m.a. KS sýna að hið öndverða gerðist. KS hætti framleiðslu á framlegðarlágum vörum og jók framleiðslu á framlegðarháum vörum (m.a. rifosti). Þegar litið er til heildaráhrifa má sjá að framlegð KS varð mun meiri en MS á rannsóknartímabilinu. Engin þörf var á að bæta KS upp framlegðartap og helsta réttlætning MS á aðgerðum sínum byggist á röngum staðhæfingum um staðreyndir málsins.

Með lögum nr. 69/1998 gerði löggjafinn breytingar á búvörulögum í frelsisátt. Var þá mælt fyrir um að í stað fasts verðs skyldi verðlagsnefnd búvara ákveða lágmarksverð á hrámjólk til bænda. Var þá miðað við að samkeppni milli afurðastöðva gæti bætt kjör bænda með því að þeim yrði greitt hærra verða en lágmarksverðið. Rannsókn Samkeppniseftirlitsins sýnir hins vegar að MS gerði samning við KS þar sem komið var í veg fyrir slíka samkeppni.<sup>2</sup> Fyrir liggur að þegar samkeppni frá Mjólku I naut við hafði hún þau áhrif að verð til bænda hækkaði en verð til neytenda lækkaði.

---

<sup>2</sup> Sjá kafla II 3.1, 4.2 og 4.3.



Með breytingum á búvörulögum á árinu 2004 var ákvæðum samkeppnislaga sem ætlað er að vinna gegn samkeppnishamlandi samruna og tilteknu samráði vikið til hliðar í mjólkurmarkaði. Fyrir breytingarnar voru starfandi fimm mjólkurafurðastöðvar hér á landi en samrunar sem ekki hefur verið unnt að hlutast til um á grundvelli samkeppnislaga hafa leitt til því sem næst einokunarstöðu MS og tengdra félaga í vinnslu og heildsöludreifingu á mjólkurafurðum. Í ljósi þessa er staða keppinauta MS ákaflega erfið og viðkvæm í samkeppnislegu tilliti. Undir slíkum kringumstæðum hvíla á MS, sem markaðsráðandi fyrirtækis, sérstaklega ríkar skyldur að lögum um að grípa ekki til neinna aðgerða sem með óeðlilegum hætti geta raskað þeirri samkeppni sem getur ríkt á mjólkurmarkaði.

Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins er að MS hafi með mjög alvarlegum hætti brotið samkeppnislög. Keppinautar MS þurftu bæði að sæta því að fá grundvallarhráfni á óeðlilega háu verði og að MS sjálf og tengdir aðilar fengju þetta hráfni á mun lægra verði. Var ekki nóg með að KS og Mjólka II fengju hrámjólkina á þessu mun lægra verði heldur var hún verðlögð af MS undir kostnaði. Var þetta til þess fallið að veita þeim verulegt samkeppnisforskot gagnvart keppinautum. Var það og tilgangur þessara aðgerða MS. Með þessu móti var geta keppinauta til þess að keppa við MS og tengd félög skert með alvarlegum hætti og markaðsráðandi staða MS varin. Er það til þess fallið að skaða á endanum hagsmuni neytenda og bænda. Þá liggur fyrir að MS veitti Samkeppniseftirlitinu rangar upplýsingar í hinu fyrra máli og lét undir höfuð leggjast að upplýsa eftirlitið um mikilvæg gögn. Hefur það tafið úrlausn málsins og skaðað samkeppni.

Telur Samkeppniseftirlitið hæfilegt að leggja á MS samtals 480 mkr. í sekt.



## I. UPPHAF MÁLS OG MÁLSMEÐFERÐ

Forsaga þessa máls er að þann 22. september 2014 komst Samkeppniseftirlitið í ákvörðun nr. 26/2014, *Misnotkun Mjólkursamsölnunnar ehf. á markaðsráðandi stöðu sinni*, að þeirri niðurstöðu að Mjólkursamsalan ehf. (hér eftir MS) hefði brotið gegn banni 11. gr. samkeppnislaga með misnotkun á markaðsráðandi stöðu sinni. Tildrög þess máls voru að Mjólkurbúið Kú ehf. (hér eftir Mjólkurbúið) kvartaði yfir því að þurfa að greiða MS hærra verð fyrir óunna mjólk til vinnslu en keppinautar Mjólkurbúsins sem eru tengdir<sup>3</sup> MS þyrftu að greiða. Með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2014, *Mjólkursamsalan ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, frá 16. desember 2014 var lagt fyrir Samkeppniseftirlitið að rannsaka nánar hugsanlega misnotkun MS á markaðsráðandi stöðu.

Að undangenginni gagnaöflun Samkeppniseftirlitsins var MS þann 22. október 2015 birt nýtt andmælaskjal í þessu máli og bárust athugasemdir MS 12. janúar 2016. Í samræmi við framangreindan úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála er í ákvörðun þessari lagt mat á lögmæti tiltekinna aðgerða MS.

### 1. Fyrirtæki sem koma við sögu í máli þessu

MS hóf starfsemi í núverandi mynd árið 2007. Var stofnun MS liður í mikilli samþjöppun á mjólkurmarkaði. Í þeim breytingum fólst í aðalatriðum að allar helstu afurðastöðvar í mjólkuriðnaði (að Kaupfélagi Skagfirðinga undanskildu) og Osta- og smjörsalan runnu saman í eina samsteypu sem samanstendur af Auðhumlu svf. (hér eftir Auðhumla) og MS. Auðhumla hóf starfsemi í byrjun árs 2007 og í fyrstu árskýrslu fyrirtækisins er tekið fram að yfir 90% af mjólkurbændum á Íslandi séu félagar í Auðhumlu. Auðhumla hefur m.a. það hlutverk að taka við hrámjólk frá mjólkurbændum. Á sama tíma hóf MS starfsemi. MS hefur lýst sér sem „*rekstrarfélagi mjólkuriðnaðarins á Íslandi*“ og hefur það hlutverk að annast m.a. móttöku, framleiðslu, dreifingu og sölu á mjólkurafurðum. MS er í eigu Auðhumlu (90%) og Kaupfélags Skagfirðinga (10%).

Kaupfélag Skagfirðinga (hér eftir KS) er samvinnufélag í blönduðum rekstri. Á heimasíðu KS segir að ein af helstu rekstrareiningum félagsins sé mjólkurafurðarstöð. Starfsemi KS og MS er eins að því leyti að bæði félögin kaupa tiltekið hráefni (ógerilsneydda hrámjólk - hér eftir hrámjólk) og vinna úr því mjólkurafurðir sem síðan eru ýmist seldar til endurseljenda eða endanotenda.

Á mjólkurmarkaði eiga sér stað samráð og umtalsverð viðskipti á milli KS og MS með hrámjólk og mjólkurafurðir.

Afurðastöðin Mjólka ehf. (hér eftir nefnd Mjólka I) hóf starfsemi árið 2005. Mjólka I var einnig kaupandi að hrámjólk og í upphafi stundaði fyrirtækið framleiðslu á fetastí. Fyrirtækið hóf síðan framleiðslu á öðrum mjólkurafurðum, s.s. jógúrti, sýrðum rjóma, rifnum osti, skyri og skyrtertum.

---

<sup>3</sup> Í skjali þessu er með „tengdum aðilum“ eða tengdum fyrirtækjum átt við KS og Mjólku í eigu KS sem m.a. tengjast MS eignarböndum.





Þann 10. desember 2009 tók Samkeppniseftirlitið ákvörðun vegna samruna KS og Mjólku I, sbr. ákvörðun nr. 40/2009. Var niðurstaða málsins að samruninn hefði skaðleg áhrif á samkeppni og með honum myndi hið samkeppnislega aðhald sem sem leitt hefði af starfsemi Mjólku I hverfa. Var það því mat eftirlitsins að ástæða væri til þess að grípa til íhlutunar vegna samrunans sem fæli í sér ógildingu eða setningu skilyrða. Sökum 71. gr. búvörulaga, þar sem m.a. kemur fram að þrátt fyrir ákvæði samkeppnislaga sé afurðastöðvum í mjólkuriðnaði heimilt að sameinast, var það þó niðurstaðan að ekki væri heimilt að grípa til íhlutunar vegna samrunans á grundvelli samkeppnislaga.

Eftir að framgreindur samruni kom til framkvæmda varð Mjólka I í 100% eigu KS (hér eftir nefnd Mjólka II). Hefur Mjólka II framleitt m.a. fetaost og sýrðar mjólkurvörur. Kaupir Mjólka II hrámjólk af MS.

Helsti eigandi Mjólku I stofnaði ásamt öðrum nýtt fyrirtæki, Mjólkurbúið. Hóf fyrirtækið vinnslu og sölu á mjólkurafurðum á árinu 2010, m.a. ostum og sýrðum rjóma.

Bæði Mjólka I og Mjólkurbúið hafa keypt hrámjólk af MS.

## **2. Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 26/2014 og úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2014**

Í janúar 2013 barst Samkeppniseftirlitinu kvörtun frá Mjólkurbúinu þar sem því var m.a. haldið fram að MS hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Í september 2014 tók Samkeppniseftirlitið ákvörðun nr. 26/2014, *Misnotkun Mjólkursamsölnunnar ehf. á markaðsráðandi stöðu sinni*. Í henni komst Samkeppniseftirlitið, eins og fyrr segir, að þeirri niðurstöðu að MS hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína með því að mismuna keppinautum sínum í verði á hrámjólk til vinnslu mjólkurafurða. Sú mismunun fólst í því að MS seldi hrámjólk til vinnslu í heildsöluviðskiptum sínum við tengda aðila, KS og Mjólku II, á talsvert lægra verði en til ótengdra aðila, fyrst Mjólku I og síðar Mjólkurbúsins. Var brotatímabil málsins árin 2008-2013.

Þann 20. október 2014 skaut MS ákvörðun Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunarnefndar samkeppnismála, sbr. mál nr. 5/2014. Fyrir áfrýjunarnefnd lagði MS í fyrsta sinn fram tiltekið gagn, samning við KS frá 15. júlí 2008. Samningurinn hafði að geyma ákvæði um tilflutning í framleiðslu á nokkrum mjólkurvörum milli MS og KS og almenn ákvæði um það með hvaða hætti viðskiptakjör í viðskiptum með hráefni og mjólkurvörur ættu að vera í innbyrðis viðskiptum á milli félaganna. Samningurinn var lagður fram til stuðnings því að umrædd verðlagning MS á hrámjólk hefði verið lögmæt. Undir rannsókn málsins hjá Samkeppniseftirlitinu hafði MS aldrei vísað til eða greint eftirlitinu frá þessum samningi, þrátt fyrir að Samkeppniseftirlitið hefði ítrekað óskað eftir skýringum og gögnum frá MS vegna umræddrar verðlagningar. Í úrskurði áfrýjunarnefndar frá 16. desember 2014 segir um þetta:

*„Þótt ekki hafi komið haldbærar skýringar á því hjá áfrýjanda hvers vegna bæði samningurinn hafi ekki verið lagður fram við meðferð málsins hjá Samkeppniseftirlitinu né grundvallargögn um efnidir hans og uppgjör hjá áfrýjunarnefndinni telur nefndin sér skylt á grundvelli rannsóknarreglu*



*stjórnsýsluréttar að koma málinu í þann farveg að upplýst sé um þessi atriði. Við munnlegan málflutning skýrðist málið ekki frekar að þessu leyti. Við svo búið telur áfrýjunarnefndin sér ekki unnt að taka efnislega afstöðu til málsins. Verður því ekki komist hjá því að ógilda hinn kærða úrskurð Samkeppniseftirlitsins og leggja fyrir eftirlitið að taka á ný afstöðu til málsins að undangenginni frekari rannsókn og að fengnum sjónarmiðum er varða þýðingu samningsins á milli áfrýjanda og KS frá 15. júlí 2008, uppgjöri á milli aðila hans og efndum á því tímabili sem meint brotastarfsemi stóð yfir."*

Í kjölfar þessa hóf Samkeppniseftirlitið nýja rannsókn á ætluðum brotum MS á 11. gr. samkeppnislaga í samræmi við úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Jafnframt ákvað Samkeppniseftirlitið að taka til rannsóknar hvaða ástæður hafi legið að baki því að umræddur samningur var ekki lagður fyrir eftirlitið við fyrri rannsókn málsins, sbr. m.a. upplýsingaskýldu 19. gr. samkeppnislaga.

### **3. Gagnaöflun eftir úrskurð áfrýjunarnefndar**

Í ljósi úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála sendi Samkeppniseftirlitið ítarlega gagnabeiðni til MS, KS, Mjólku II, Auðhumlu og Samtaka afurðastöðva í mjólkuriðnaði (hér eftir SAM), sbr. nánar hér á eftir. Auk þess var aflað tiltekinna upplýsinga frá Mjólkurbúinu varðandi sölu á Mjólku I og framleiðsluvörur Mjólkurbúsins.

#### *Gagnabeiðni Samkeppniseftirlitsins til MS*

Samkeppniseftirlitið sendi MS bréf, dags. 19. desember 2014, þar sem óskað var m.a. eftir ítarlegum upplýsingum um samning MS og KS frá 15. júlí 2008 og með hvaða hætti Mjólka II hafi notið góðs af honum. Í bréfinu var vísað til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2014 og tekið fram að í samræmi við úrskurðinn myndi Samkeppniseftirlitið taka til rannsóknar hvort MS hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Auk þess væri til rannsóknar hvort MS hefði brotið gegn 19. gr., sbr. og 41. gr. b laganna með því að upplýsa ekki um framangreindan samning á fyrri stigum þessa máls.

Svör MS til Samkeppniseftirlitsins bárust með bréfi, dags. 28. janúar 2015, ásamt meðfylgjandi gögnum. Óskað var eftir viðbótarupplýsingum frá MS með tölvupóstum þann 3., 4. og 18. mars 2015 sem bárust Samkeppniseftirlitinu með tölvupósti þann 4. og 24. mars 2015.

#### *Gagnabeiðni Samkeppniseftirlitsins til KS*

Samkeppniseftirlitið sendi KS bréf, dags. 5. janúar 2014, þar sem vísað var til umrædds úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Í bréfinu kom fram að í samræmi við úrskurðinn tæki Samkeppniseftirlitið til rannsóknar hvort MS hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og taldi nauðsynlegt að afla tiltekinna upplýsinga og gagna frá KS.

Svör KS til Samkeppniseftirlitsins bárust með bréfi, dags. 12. febrúar 2015, ásamt meðfylgjandi gögnum. Samkeppniseftirlitið óskaði viðbótarupplýsinga frá KS með tölvupóstum, dags. 24. febrúar, 4., 16. og 18. mars 2015 sem bárust eftirlitinu með tölvupóstum þann 24. febrúar, 17. og 24. mars 2015.



Samkeppniseftirlitið óskaði viðbótarupplýsinga hjá KS með tölvupóstum, dags. 25. febrúar, 16. og 21. mars 2016 sem bárust eftirlitinu, dags. 25. febrúar, 15., 16. og 21. mars 2016.

#### *Gagnabeiðni Samkeppniseftirlitsins til Auðhumlu*

Með bréfi Samkeppniseftirlitsins til Auðhumlu, dags. 22. desember 2014, var vísað í úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2014 og óskað upplýsinga og gagna um viðskipti félagsins við MS frá árinu 2008 til ársins 2013.

Svör og gögn Auðhumlu bárust Samkeppniseftirlitinu með bréfi, dags. 23. janúar 2015.

#### *Gagnabeiðni Samkeppniseftirlitsins til SAM*

Með bréfi Samkeppniseftirlitsins til SAM, dags. 22. desember 2014, var vísað í úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2014 og óskað upplýsinga um framkvæmd og breytingar á lögbundinni verðtilfærslu skv. 19. og 22. gr. búvörulaga sem og frjálsri verðtilfærslu SAM skv. 3. mgr. 13. gr. búvörulaga frá árinu 2008 til ársins 2013.

Svör og gögn SAM bárust Samkeppniseftirlitinu með bréfi, dags. 23. janúar 2015.

#### *Gagnabeiðni Samkeppniseftirlitsins til Mjólku II*

Samkeppniseftirlitið sendi Mjólku II bréf, dags. 9. janúar 2014, þar sem vísað var til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2014. Í bréfinu kom fram að í samræmi við úrskurðinn tæki Samkeppniseftirlitið til rannsóknar hvort MS hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og taldi nauðsynlegt að afla tiltekinna upplýsinga og gagna frá Mjólku II.

Svör Mjólku II til Samkeppniseftirlitinu bárust með bréfi, dags. 12. febrúar 2015.

#### *Gagnabeiðni Samkeppniseftirlitsins til Mjólkurbúsins*

Samkeppniseftirlitið sendi Mjólkurbúinu tölvupóst þann 26. febrúar 2015 varðandi uppgjör og sölu á Mjólku I og um sölu og framleiðsluvörur Mjólkurbúsins.

Svör Mjólkurbúsins bárust Samkeppniseftirlitinu með tölvupóstum þann 26. febrúar 2015 og 23. mars 2015.

#### **4. Andmælaskjalið o.fl.**

Þann 22. október 2015 sendi Samkeppniseftirlitið andmælaskjal til MS og var mál þetta afmarkað með eftirfarandi hætti í því:

*„Mál þetta varðar sömu aðgerðir MS og fjallað var um í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 26/2014, þ.e. sölu MS á hrámjólk á árunum 2008-2013.*

*Öll gögn sem voru hluti af málinu sem leiddi til ákvörðunar nr. 26/2014 eru gögn þessa nýja máls. Hið sama gildir um gögnin í máli áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2014 og gögnin sem Samkeppniseftirlitið aflaði í kjölfar úrskurðar áfrýjunarnefndar í því máli.*



*Samkeppniseftirlitið hefur hliðsjón af þeim sjónarmiðum og upplýsingum sem komu fram af hálfu MS í ákvörðun eftirlitsins nr. 26/2014 og úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 5/2014. Hið sama gildir um sjónarmið sem fram komu af hálfu Mjólkurbúsins. Ekki er þörf á því að reifa þau sjónarmið hér í upphafi og vísast til reifunar á þeim í umræddum úrlausnum.*

*Áfrýjunarnefnd samkeppnismála felldi úr gildi ákvörðun nr. 26/2014 og mælti fyrir um nýja rannsókn. Í þessu felst óhjákvæmilega að Samkeppniseftirlitið verður að leggja nýtt efnislegt mat á gögn málsins og er eftirlitið eðli málsins samkvæmt óbundið af því mati sem fram kom í ákvörðun nr. 26/2014. Hluti af þessari nýju rannsókn er að gefa MS á ný kost á að tjá sig um málið í heild sinni og er það gert með andmælaskjali þessu."*

Í andmælaskjalinu var komist að þeirri frumniðurstöðu að MS hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með umræddri sölu á hrá mjólk á árunum 2008-2013. Er og rökstutt það frummat Samkeppniseftirlitsins „að gögnin sem aflað var í kjölfar úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála sýni að þetta ætlaða brot MS sé enn alvarlegra en lagt var til grundvallar í ákvörðun nr. 26/2014.“ Einnig var komist að þeirri frumniðurstöðu að MS hefði brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga.

MS var veittur frestur til 23. nóvember 2015 til að koma að athugasemdum við andmælaskjalið. Samkeppniseftirlitið varð við ítrekaðri beiðni MS um viðbótarfresti til þess að koma að sjónarmiðum. Athugasemdir MS bárust Samkeppniseftirlitinu þann 12. janúar 2016.

Í athugasemdum MS kemur fram að félagið mótmæli því að hafa brotið gegn samkeppnislögum og eru sett fram margvísleg sjónarmið því til stuðnings. Til viðbótar vísar MS til allra sjónarmiða sem félagið setti fram í aðdraganda ákvörðunar nr. 26/2014 og fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Fjallað verður um sjónarmið MS í tengslum við umfjöllun um einstaka þætti málsins.

Með bréfi Samkeppniseftirlitsins til Mjólkurbúsins, dags. 4. nóvember 2015, var félaginu gefinn kostur á að gera athugasemdir við andmælaskjalið og bárust þær með bréfi, dags. 22. janúar 2016.

Með bréfi Samkeppniseftirlitsins til MS, dags. 12. maí 2016, var MS gefinn kostur á að gera athugasemdir við umsögn Mjólkurbúsins við andmælaskjalið og bárust þær eftirlitinu með bréfi, dags. 27. maí 2016.



## II. AÐGERÐIR MS OG ÁKVÆÐI BÚVÖRULAGA

Samkeppnislög eru almenn lög og taka til hvers konar atvinnustarfsemi, sbr. 1. mgr. 2. gr. laganna. Sala á hrámjólk er atvinnustarfsemi í skilningi samkeppnislaga. Í óslitinni lagaframkvæmd hér á landi hefur verið lagt til grundvallar að viðskipti með búvörur falli undir samkeppnislög nema skýr ákvæði laga nr. 99/1993 um framleiðslu, verðlagningu og sölu á búvörum (búvörulög) leiði til annars. Slíkt er í samræmi við markmið búvörulaga enda er virk samkeppni til þess fallin að ná fram þeim meginmarkmiðum sem tilgreind eru í 1. gr. búvörulaga.

Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga banna alla misnotkun fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu. Í máli þessu er til skoðunar hvort verðlagning MS á hrámjólk sækir stoð sína til ákvæða búvörulaga þannig að ekki fari gegn 11. gr. samkeppnislaga. Lagaákvæði um verðlagningu búvara skipta því máli og hið sama gildir um þær breytingar sem lög nr. 85/2004 gerðu á búvörulögum, sbr. 3. mgr. 13. gr. og 71. gr. laganna:

- Samkvæmt 1. mgr. 8. gr. búvörulaga ákveður verðlagsnefnd búvöru „*lágmarksverð fyrir mjólk til framleiðenda*“ (mjólkurbænda). Samkvæmt 1. gr. 13. gr. laganna ákveður verðlagsnefndin heildsöluverð á búvörum sem verðlagðar eru skv. 8. gr.
- Í 3. mgr. 13. gr. búvörulaga er MS og öðrum afurðastöðvum í mjólkuriðnaði veitt heimild til gera samninga sín á milli um svonefnda verðtilfærslu milli tiltekinnar afurða.<sup>4</sup>
- Skv. 71. gr. búvörulaga er MS og öðrum afurðastöðvum í mjólkuriðnaði m.a. heimilt 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 ákvörðun nr. 26/2014 komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að MS hefði verið í markaðsráðandi stöðu samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga á rannsóknartímabilinu. Kjarni hinna umdeildu aðgerða MS í málinu fólst í eftirfarandi á árunum 2008-2013:

- MS seldi tengdum fyrirtækjum, KS og Mjólk II, hrámjólk á verði sem var það sama og hið opinbera lágmarksverð sem gilti gagnvart mjólkurframleiðendum. Það verð til mjólkurframleiðenda var ákveðið af verðlagsnefnd búvöru skv. 8. gr. búvörulaga.
- Verð MS á hrámjólk sem seld var til ótengdra aðila, Mjólk I og Mjólkurbúsins, var hins vegar allt að 17% hærra en til tengdra fyrirtækja. Þessi verðlagning MS á hrámjólk miðaðist við heildsöluverðlagningu verðlagsnefndar búvöru á unninni vöru, þ.e. gerilsneyddri mjólk (nýmjólk) í lausu máli, sbr. 1. mgr. 13. gr. búvörulaga. Af þessari verðstefnu MS leiddi að hinir ótengdu aðilar voru að vissu marki knúnir til að greiða tvisvar fyrir sömu kostnaðarliðina.
- Eins og gefur að skilja er hrámjólk grundvallarhráefni við framleiðslu á hverskonar mjólkurvörum.<sup>5</sup> Rökstutt var í ákvörðun nr. 26/2014 að Mjólk I og síðar Mjólkurbúið væru keppinautar MS, KS og Mjólk II og að umrædd viðskiptakjör MS

<sup>4</sup> Með verðtilfærslu í skilningi búvörulaga er í aðalatriðum átt við að innheimt er gjald af búvörum með háa framlegð og greitt út á vörur með lága eða neikvæða framlegð eftir seldu magni.

<sup>5</sup> Sbr. t.d. ávarp Egils Sigurðssonar stjórnarformanns MS í ársskýrslu fyrir árið 2013: „*Hráefniskaup af bændum, eigendum Auðhumlu, eru langstærsti útgjaldaliður í mjólkuriðnaði og eru um helmingur af kostnaði mjólkurvinnslufyrirtækja.*“



gagnvart hinum ótengdu aðilum væru til þess fallin að raska með mjög alvarlegum hætti samkeppni.

Í upphafi þessa máls var það skýring MS að mismunandi verð á hrámjólk til Mjólkurbúsins annars vegar og tengdra aðila hins vegar megi rekja til ólíks kostnaðar sem ekki sjáist á reikningum til tengdra aðila.<sup>6</sup> Til stuðnings þeim fullyrðingum sínum að þessi mismunandi viðskiptakjör fari ekki gegn samkeppnislögum hefur MS með margvíslegum hætti byggt á því að þau eigi sér stoð í búvörulögum. Vekur athygli að þessi sjónarmið MS hafa um mikilvæg atriði verið misvísandi. Flokka má þessi sjónarmið MS með eftirfarandi hætti:

- Um þýðingu verðákvæðana verðlagsnefndar búvara skv. 8. gr. búvörulaga:
  - MS, KS og Mjólk II hafi verið heimilt að miða verð á hrámjólk, í viðskiptum sín á milli, við lágmarksverð til mjólkurframleiðenda. MS byggði hins vegar ekki á því að verðákvörðun verðlagsnefndar skv. 8. gr. búvörulaga taki til viðskipta milli afurðastöðva með hrámjólk.<sup>7</sup>
- Um þýðingu verðákvæðana verðlagsnefndar skv. 1. mgr. 13. gr. búvörulaga:
  - Í upphafi byggði MS á því að verðlagsnefnd búvöru hefði beinlínis ákveðið verð á hrámjólkinni sem MS seldi ótengdum aðilum, á grundvelli 1. mgr. 13. gr. búvörulaga.<sup>8</sup>
  - Síðar var það leiðrétt og sagt að nefndin hefði „*ekki ákveðið sérstaklega verð á ógerilsneyddri mjólk í lausu máli.*“<sup>9</sup>
  - Þrátt fyrir að nefndin hefði ekki ákveðið þetta verð taldi MS sig hafa „*fulla heimild til að selja ópakkaða mjólk samkvæmt þessum ákvörðunum verðlagsnefndar um hámarksverð ópakkaðrar mjólkur í lausu máli, hvort sem mjólkinn er gerilsneydd eða ekki.*“<sup>10</sup>
  - Í kæru til áfrýjunarnefndar hélt MS því hins vegar aftur fram að verðlagsnefnd búvöru hefði ákveðið verð á hrámjólkinni sem seld var ótengdum aðilum. Nefndin hefði, skv. MS, ákveðið „*eitt verð*“ sem tekið hafi bæði til hrámjólkur og gerilsneyddrar mjólkur.<sup>11</sup> Hefði MS verið bundið af þessari verðákvörðun verðlagsnefndar.<sup>12</sup>
  - MS virðist ekki lengur byggja á því að hafa verið bundið af umræddri verðákvörðun verðlagsnefndar, sbr. nánar hér á eftir.
- Um þýðingu 71. gr. búvörulaga sem heimilar m.a. verkaskiptingu afurðastöðva:
  - Sala á hrámjólk til KS og Mjólk II á verði sem miðast við lágmarksverð til bænda skv. 8. gr. búvörulaga sé „*órjúfanlegur hluti af samstarfi umræddra aðila á grundvelli 71. gr.*“ búvörulaga.<sup>13</sup> Segir MS að með sölu á þessu lága verði hafi fyrirtækið verið að bæta KS upp framlegðartap sem leiddi af verkaskiptingu

<sup>6</sup> Sjá bréf MS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 7. janúar 2013. Á RÚV.is þann 13. janúar 2013 var fjallað um að Mjólkurbúið KÚ þurfi að greiða sautján prósentum meira fyrir hrámjólkina sem keypt er frá MS heldur en Mjólk, samkvæmt reikningum sem MS sendi báðum fyrirtækjunum. Eftirfarandi var haft eftir forstjóra MS: „*Einar Sigurðsson, forstjóri MS, sagði í samtali við fréttastofu að ástæðan fyrir verðmuninum væri að þetta væru í raun ólík viðskipti. Reikningurinn til KÚ sýni sölu á mjólk í lausu máli eftir verðskrá. Hinn reikningurinn sýni hins vegar mjólk sem er miðlað inn í sameiginlegt kerfi MS og Kaupfélags Skagfirðinga, móðurfélags Mjólk, á grunnverði. Þau fyrirtæki beri hins vegar ýmsan annan kostnað af mjólkinni sem sjáist ekki á reikningum af þessu tagi.*“ Sjá: [ruv.is/frett/ku-borgar-meira-en-mjolka-fyrir-mjolkina](http://ruv.is/frett/ku-borgar-meira-en-mjolka-fyrir-mjolkina)

<sup>7</sup> Bréf MS til Samkeppniseftirlitsins frá 13. febrúar 2013 og athugasemdir MS frá 14. mars 2014 (bls. 15).

<sup>8</sup> Bréf MS til Samkeppniseftirlitsins frá 13. febrúar 2013, bls. 3-4.

<sup>9</sup> Tölvupóstur MS frá 15. mars 2013.

<sup>10</sup> Athugasemdir MS frá 14. mars 2014, bls. 17.

<sup>11</sup> Bls. 21 í kæru MS.

<sup>12</sup> Bls. 37 í kæru MS.

<sup>13</sup> Kæra MS til áfrýjunarnefndar, bls. 2.



fyrirtækjanna sem fólst í því að KS hafi hætt að framleiða framlegðarháar vörur og farið þessi í stað að framleiða framlegðarlágar vörur. Var þetta kjarnaatriði í vörn MS.

- Um þýðingu 3. mgr. 13. gr. búvörulaga sem heimilar afurðastöðvum að stunda verðtilfærslu milli tiltekinna mjólkurafurða:
  - MS hefur byggt á því að sala á hrámjólk til m.a. KS, á söluverði sem miðast hefur við verðlagningu verðlagsnefndar búvöru til mjólkurbænda, hafi falið í sér verðtilfærslu skv. 3. mgr. 13. gr. búvörulaga.<sup>14</sup>
  - Síðar hélt MS því fram að umrædd verðlagning hafi ekki falið í sér verðtilfærslu skv. 3. mgr. 13. gr. búvörulaga.<sup>15</sup>
  - Óskað var eftir að MS útskýrði fyrri yfirlýsingar um að málið varði verðtilfærslu samkvæmt búvörulögum. Í svari MS segir að um ónákvæmt orðalag hafi verið að ræða þar sem átt hafi verið við „*verðmætatilfærsla*“ sem að sögn fyrirtækisins sé ekki það sama og verðtilfærsla.<sup>16</sup>
- Almenn um samspil samkeppnis- og búvörulaga:
  - Hefur MS sagt að markmið löggjafans með setningu laga nr. 85/2004 „*hafi verið að gera samkeppnislögin óvirk þegar um viðskipti innan iðnaðarins var að ræða.*“ Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga gildi hins vegar um viðskipti „*út fyrir iðnaðinn*“.<sup>17</sup>
  - Ákvæði 8. gr. og 1. mgr. 13. gr. búvörulaga um verðlagningu búvara setji afurðastöðvum „*skýrar skorður sem hindra að afurðastöðvar geti misnotað þá sérstöðu*“ sem ákvæði 3. mgr. 13. gr. og 71. gr. laganna veita þeim. Að sögn MS komi þetta aðhald í stað þess aðhalds sem samkeppnislög veiti.<sup>18</sup>

Í ákvörðun nr. 26/2014 komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að umræddar aðgerðir MS gætu ekki helgast af ákvæðum búvörulaga og að viðskiptakjör MS sem giltu gagnvart Mjólku I og Mjólkurbúinu hefðu farið gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Af úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála og sjónarmiðum MS leiðir hins vegar að taka verður á ný afstöðu til þess hvort ákvæði búvörulaga, ekki síst 71. gr. laganna, víki 11. gr. samkeppnislaga til hliðar í þessu máli.

Í athugasemdum MS frá 12. janúar 2016 er að þessu leyti aðallega byggt á því að „*samstarf fyrirtækisins við KS ásamt Mjólku II rúmist að öllu leyti innan ákvæðis 71. gr. búvörulaga líkt og ítarlega hefur verið rakið á fyrri stigum þessa máls*“. Það sé því rangt að ákvæðið veiti ekki undanþágu frá 11. gr. samkeppnislaga. Mótmælir MS því að misræmi hafi verið í skýringum félagsins á verðlagningu á hrámjólk.

Verður nú vikið nánar að þessu.

## 1. Samspil samkeppnislaga og búvörulaga

<sup>14</sup> Athugasemdir MS frá 14. mars 2014, bls. 8.

<sup>15</sup> Athugasemdir MS við greinargerð Samkeppniseftirlitsins, dags. 14. nóvember 2014 (bls. 5).

<sup>16</sup> Bréf MS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. janúar 2015.

<sup>17</sup> Athugasemdir MS frá 14. mars 2014, bls. 7.

<sup>18</sup> Kæra MS til áfrýjunarnefndar, bls. 14.



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 og í 4. gr. laganna segir að hugtakið fyrirtæki taki til félaga 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. Sérlæg ganga hins vegar framur 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.

Sem fyrr segir varðar mál þetta atvinnustarfsemi sem felur í sér viðskipti með hrámmjólki milli afurðastöðva. Samkvæmt framansögðu fellur sala á hrámmjólki 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 sérlæg heimili annað.

Framkvæmd í samkeppnisrétti sýnir að slík sérlagaheimild verður að vera skýr til þess að ganga framur samkeppnislögum. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/1996, *Osta- og smjörösalan gegn samkeppnisráði*, var staðan sú að samkeppnisráð hafði beint þeim fyrirmælum til Osta- og smjörösalunnar að bjóða magnafslátt á búvörum sem ekki voru verðlagðar á grundvelli búvörulaga. Í kæru til áfrýjunarnefndar hélt fyrirtækið því fram að ákvæði búvörulaga gengju framur 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 frjálstri 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 frumvarpi sem varð að lögum nr. 85/2004 (sem breyttu búvörulögum) 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 sérlæg gilda hins vegar um afmarkaðri þætti opinberrar stjórnáslu og atvinnurekstrar, svo sem búvörulög, nr. 99/1993. Það er almenn regla við lögskýringu að sérlæg gangi framur almennum lögum sem samrýmast þeim ekki og því er eðlilegra að sérlæg 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 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."*

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2014 sagði að óumdeilt sé í málinu að samkeppnislög gildi um starfsemi í mjólkuriðnaði þar sem undanþágum búvörulaga sleppi.

*Um sjónarmið MS*

MS heldur því fram að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi í málum er varða samspil samkeppnislaga og búvörulaga ekki skýrt gildissvið búvörulaga svo þröngt sem



Samkeppniseftirlitið geri í frumniðurstöðu sinni. Í því sambandi er vísað til framangreinds úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 7/2009, þar sem segi að búvörulög hafi að geyma „skýr ákvæði, sem undanþiggja tilteknar landbúnaðarafurðir, þ.e. sauðfjár- og nautgripaafurðir, þeim meginreglum samkeppnislaga sem leiða til frjálsrar verðlagningar, enda fer verðlagning umræddra afurða fram með ákvörðunum opinberrar nefndar, sbr. einkum 8. gr. nefndra laga.“ Segir MS þetta sýna að áfrýjunarnefnd telji „búvörulög undanþiggja tilteknar landbúnaðarafurðir meginreglum samkeppnislaga.“

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að það túlki umræddan úrskurð áfrýjunarnefndar með röngum hætti. Ef inngrip sem byggir á skýrri og ótvíræðri sérlagaheimild, eins og t.d. verðákvörðun skv. 8. gr. búvörulaga, er ekki fyrir hendi gilda samkeppnislög fullum fetum. Kemur þetta m.a. fram í lokamálslið þeirrar málsgreinar í úrskurði áfrýjunarnefndar sem MS vísar til: „Verðlagning annarra landbúnaðarafurða lýtur hins vegar lögmálum hins frjálsa markaðar og þar með ákvæðum samkeppnislaga eins og samkeppnisyfirvöld hafa staðfest hvað eftir annað með úrskurðum þar að lútandi.“

Eins og nánar verður gerð grein fyrir tók verðlagsnefnd búvara ekki ákvarðanir um verðlagningu þeirrar hrámjólkur sem MS seldi keppinautum sínum á rannsóknartímabilinu. Var því um að ræða verðlagningu og viðskipti sem féllu að öllu leyti undir gildissvið samkeppnislaga.

MS vísar einnig til sjónarmiða sem samkeppnisráð setti fram í máli áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 6/2005, *Rannsóknarstofan í Mjódd gegn samkeppnisráði*, og til úrskurðar nefndarinnar. Er vísað til þess að í því máli hafi samkeppnisyfirvöld virt vilja löggjafans en í þessu máli verði vart „afgerandi stefnubreytingar“ og „óljósri lögskýringu beitt til að ná fram þeirri frumniðurstöðu að sú starfsemi MS sem til skoðunar sé hafi ekki verið undanskilin ákvæðum samkeppnislaga.“

Í framangreindu máli áfrýjunarnefndar samkeppnismála var ágreiningur um það hvort ákvæði í lögum um heilbrigðisþjónustu, sem kvað á um kaup hins opinbera á heilbrigðisþjónustu, gengi framur samkeppnislögum. Niðurstaðan byggðist á mati á því hvort skýr og ótvíræð ákvæði sérlaga gengju framur samkeppnislögum. Hið sama er til úrlausnar í þessu máli.

#### *Niðurstaða*

Starfsemi MS er ekki almennt undanþegin samkeppnislögum. Mál þetta varðar sölu MS á tiltekinni búvöru. Af þeim sökum þarf að meta hvort ákvæði búvörulaga hafi veitt MS „skýra og ótvíræða“ undanþágu frá samkeppnislögum vegna aðgerða fyrirtækisins, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 7/2009.

## **2. Var verð MS á hrámjólk ákvarðað á grundvelli búvörulaga?**

Við mat á því hvort ákvæði búvörulaga hafi heimilað aðgerðir MS verður í upphafi að líta stöðu viðkomandi fyrirtækja samkvæmt lögnum.

Samkvæmt 2. gr. búvörulaga telst framleiðandi hver sá, sem á eigin vegum hefur með búvöruframleiðslu að gera, hvort sem er einstaklingur eða lögaðili. Samkvæmt sama



Ákvæði er afurðarstöð hver sú atvinnustarfsemi lögaðila eða einstaklings sem „*tekur við búvörum úr höndum framleiðenda*“ til vinnslu, flokkunar, þökkunar, geymslu, heilðsölu og/eða dreifingar.

Auðhumla hefur það hlutverk að taka við hrámjólk frá félagsmönnum sínum og umbreyta í mjólkurafurðir sem eru seldar á markaði á Íslandi og erlendis. MS er sagt vera rekstrarfélag mjólkuriðnaðarins á Íslandi og er hlutverk félagsins að taka við hrámjólk frá eigendum sínum og umbreyta í mjólkurafurðir. KS rekur mjólkurafurðarstöð og tekur við hrámjólk frá bændum á sínu landsvæði og kaupir auk þess hrámjólk af MS til vinnslu mjólkurafurða. Mjólka I, Mjólka II og Mjólkurbúið hafa einnig keypt hrámjólk af MS til vinnslu mjólkurafurða líkt og KS.

Af framansögðu leiðir að Auðhumla, MS og KS teljast vera afurðastöðvar í skilningi búvörlaga. Hið sama gildir um Mjólku I, Mjólku II og Mjólkurbúið.

## 2.1 Var verðið á hrámjólkinni ákveðið samkvæmt 1. mgr. 8. gr. búvörlaga?

Í málinu liggur fyrir að þegar MS seldi KS og Mjólku II hrámjólk var verð á henni miðað við verðlagningu verðlagsnefndar búvara skv. 8. gr. búvörlaga á mjólk til framleiðenda.

Samkvæmt 7. gr. búvörlaga ákveður verðlagsnefnd búvara annars vegar afurðaverð til búvöruframleiðenda og hins vegar verð búvöru í heilðsölu.

Samkvæmt 1. mgr. 8. gr. laganna ákveður verðlagsnefnd lágmarksverð „*fyrir mjólk til framleiðenda.*“ Skal verðákvörðun byggjast á gerð verðlagsgrundvallar fyrir hagkvæmt bú og við það miðað að áætlað vinnuframlag mjólkurbænda skili endurgjaldi hliðstæðu og gerist hjá starfsstéttum sem bera sambærilega ábyrgð á rekstri og mæta hliðstæðum kröfum um viðveru og færni.

MS, KS, og Mjólka II eru afurðastöðvar en ekki framleiðendur í skilningi búvörlaga. Ákvæði 1. mgr. 8. gr. búvörlaga fjallar um lágmarksverð á mjólk til bænda í viðskiptum þeirra við afurðastöðvar. Ákvæðið á þess vegna ekki við um viðskipti afurðastöðva sín á milli. Viðskipti MS við tengda aðila, þ.e. KS og Mjólku II, fólu í sér viðskipti afurðastöðva. Þær ákvarðanir sem verðlagsnefnd búvöru tók samkvæmt 1. mgr. 8. gr. laganna giltu því ekki um þá hrámjólk sem MS seldi tengdum aðilum. Það var því „frjáls“ viðskiptaleg ákvörðun MS að miða verðlagningu á hrámjólk í viðskiptum félagsins við tengda aðila við verðlagningu verðlagsnefndar á mjólk til bænda.<sup>19</sup>

Þrátt fyrir þetta hefur MS vísað til ákvarðana nefndarinnar samkvæmt 1. mgr. 8. gr. búvörlaga til stuðnings því að fyrirtækið búi við aðhald sem komi í stað þess aðhalds sem samkeppnislög veiti. Hefur þetta verið hluti af rökstuðningi MS fyrir því að fyrirtækið hafi ekki brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Á þetta er ekki unnt að fallast þegar af þeirri ástæðu að ákvæði 1. mgr. 8. gr. búvörlaga giltu ekki um verðlagningu hrámjólkur í viðskiptum MS við tengda aðila.

---

<sup>19</sup> Þetta staðfesti MS í athugasemdum sínum við fyrra andmælaskjal, dags. 14. mars 2014. Segir MS á bls. 15 að jafnvel þótt fallist væri á það að verðákvörðun skv. 1. mgr. 8. gr. búvörlaga tæki ekki til viðskipta milli afurðastöðva þá myndi það engu breyta því félaginu, KS og Mjólku II sé „fullfrjálst að ákveða sjálf verðgrunn fyrir miðlun mjólkur innan slíks samstarfs.“



## 2.2 Var verðið á hrámjólkinni ákveðið samkvæmt 1. mgr. 13. gr. búvörulaga?

Þegar upphaflega var óskað eftir skýringum MS á þeim mun sem væri á verði á hrámjólk eftir því hvort fyrirtækið ætti í viðskiptum við tengda eða ótengda aðila staðhæfði MS að við sölu á hrámjólk til Mjólkurbúsins hefði félagið stuðst við ákvörðun verðlagsnefndar samkvæmt 1. mgr. 13. gr. búvörulaga um verð á „mjólk í lausu máli.“

Mjólk í lausu máli er gerilsneydd nýmjólk ætluð til neyslu og sölu á smásölumarkaði. Hún er t.d. seld til íblöndunar annarra vara og til mótuneyta.

Samkvæmt 1. mgr. 13. gr. búvörulaga ákveður verðlagsnefnd heilðsöluverð búvara sem verðlagðar eru samkvæmt 8. gr. að teknu tilliti til afurðaverðs til framleiðenda og rökstuddra upplýsinga um „kostnað við vinnslu og dreifingu búvara.“ Samkvæmt 17. gr. laganna skulu Bændasamtök Íslands annast verðskráningu þeirra búvara sem „tekin er verðákvörðun um samkvæmt kafla þessum og auglýsa verðákvarðanir og viðmiðunarverð sem ákveðin eru samkvæmt kafla þessum.“

Á rannsóknartímabili þessa máls ákvað verðlagsnefndin sex sinnum heilðsöluverð á mjólk og mjólkurvörum.<sup>20</sup> Tóku ákvarðanir verðlagsnefndar til mjög fárra tegunda mjólkurvara eða nánar tiltekið nýmjólkur og nýmjólkurdufts, undanrennu og undanrennudufts, rjóma, skyr, 1. flokks smjörs og osts (30% og 45%).<sup>21</sup>

Samkvæmt auglýsingum um ákvarðanir nefndarinnar var sérstakt heilðsöluverð ákveðið á „mjólk í lausu máli.“ Aðrir verðflokkar tóku til mjólkur í pökkum, fernum eða kössum. Í dæmaskyni má nefna að í nóvember 2008 var lágmarksverð á hrámjólk til bænda 71,13 kr. á lítra á meðan heilðsöluverð af gerilsneyddri mjólk í lausu máli var 79,72 kr. á lítra og heilðsöluverð af mjólk í fernum var 91,47 kr. á lítra.

Á rannsóknartímabili þessa máls ákvað verðlagsnefnd búvara ekki heilðsöluverð á hrámjólk.

Eins og að framan greinir hafa sjónarmið MS um verðákvörðun skv. 1. mgr. 13. gr. búvörulaga verið á reiki. Ýmist hefur verið staðhæft að verðlagsnefndin hafi ákveðið verð á þeirri hrámjólk sem MS seldi Mjólku I og Mjólkurbúinu eða að nefndin hafi ekki gert það.

Í ákvörðun nr. 26/2014 rökstuddi Samkeppniseftirlitið að verðlagsnefnd búvöru hefði ekki ákveðið verð á hrámjólkinni sem MS seldi hinum ótengdu aðilum. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2014 segir:

*„Það liggur skýrlega fyrir í málinu að áfrýjandi seldi hinum ótengdu aðilum ógerilsneydda mjólk (Mjólku I o.fl.) á verði sem var samsvarandi því sem verðlagsnefnd búvara ákvað fyrir gerilsneydda mjólk í lausu á því tímabili sem um ræðir. Annað verð stóð þeim ekki til boða. Fram kom í málflutningi fyrir*

<sup>20</sup> Yfirlit yfir þær og viðkomandi auglýsingar er að finna á heimasíðu atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytisins (<http://www.atvinnuvegaraduneyti.is/verkefni/malaflokkar/landbunadur/verlagsnefnd-buvara/auqlysingar-um-heildsoluverd-a-mjolk-og-mjolkurvorum/>)

<sup>21</sup> Hér má t.d. bera saman fjölda mjólkurafurða í heilðsöluverðlista MS frá 1. október 2013 og auglýsingu um heilðsöluverðlagningu verðlagsnefndar búvara á mjólkurvörum frá sama degi. Á heilðsöluverðlista MS eru 378 mjólkurafurðir verðlagðar. Af þeim eru 22 vörutegundir verðlagðar af verðlagsnefnd búvara. Verðlagsnefnd verðleggur því aðeins 5,8% vörutegunda í verðlista MS sem þó eru vörur sem hafa töluvert vægi hvað varðar magn af heildarneyslu mjólkurafurða.



*nefndinni að áfrýjandi taldi það verð vera „hámarksverð í heildsölu“ á þessari vöru. Nú liggur fyrir samkvæmt bréfi atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytisins, dagsett hinn 10. desember 2013, sem undirritað er af formanni nefndarinnar, að nefndin ákvað verð fyrir hina gerilsneyddu afurð en ekki þá ógerilsneyddu á því tímabili sem um ræðir. ...*

*Í málflytningi fyrir nefndinni töldu bæði Samkeppniseftirlitið og áfrýjandi sem áður segir óumdeilt að viðskipti Mjólkú I og Mjólkurbúsins við áfrýjanda falli ekki undir undanþágur búvörulaga og um þau gildi samkeppnislög fullum fetum."*

Samkvæmt framansögðu getur MS ekki vísað til ákvæða 1. mgr. 13. gr. búvörulaga til stuðnings því að 11. gr. samkeppnislaga eigi ekki við í málinu.

### 2.3 Um sjónarmið MS

Í athugasemdum MS frá 12. janúar 2016 segir að Samkeppniseftirlitið hafi komist að þeirri frumniðurstöðu „að verð MS á hrámjólk hafi ekki verið ákvarðað á grundvelli búvörulaga á rannsóknartímabili máls þessa. Þessari frumniðurstöðu er mótmælt með vísan til fyrri sjónarmiða MS í máli þessu.“ Eins og fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála byggir MS á því að verðlagsnefnd búvara hafi ekki á rannsóknartímabilinu ákveðið „sérstaklega“ heildsöluverð á hrámjólk heldur hafi nefndin ákveðið „eitt verð“ á bæði nýmjólk og hrámjólk og það hafi verið verðið sem MS studdist við í heildsöluviðskiptum við Mjólkú I og Mjólkurbúið. Þessu til stuðnings vísar MS aðallega til fundargerðar verðlagsnefndar búvöru frá 12. mars 2014. Ekki fæst hins vegar séð að MS byggi lengur á því að félagið hafi verið „bundið“ af þessari verðákvörðun verðlagsnefndar skv. 1. mgr. 13. gr. búvörulaga.

Eins og fram kemur í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2014 sneri Samkeppniseftirlitið sér til verðlagsnefndar búvöru og óskaði eftir því að nefndin upplýsti hvort hún hefði ákveðið heildsöluverð á hrámjólk á rannsóknartímabilinu. Í svari formanns nefndarinnar frá desember 2013 kemur fram að það hafi hún ekki gert. Nefndin lítur því ekki svo á að hún hafi ákveðið „eitt verð“ sem gilt hafi bæði fyrir nýmjólk og hrámjólk. Fundargerðir verðlagsnefndar, sem Samkeppniseftirlitið aflaði, eru í samræmi við svar formanns nefndarinnar.<sup>22</sup> Til viðbótar ber að taka fram að það hefði verið í ósamræmi við ákvæði búvörulega ef verðlagsnefndin hefði ákveðið „eitt verð“ á hrámjólk og nýmjólk enda ber nefndinni við ákvörðun heildsöluverðs að líta m.a. til rökstuddra upplýsinga um „kostnað við vinnslu“. Ekki hefði því verið heimilt að verðleggja hrámjólk á sama verði og fullunna vöru, þ.e. gerilsneydda nýmjólk. Að mati Samkeppniseftirlitsins er því skýrt að heildsöluverð MS á hrámjólk, sem gildi gagnvart Mjólkú I og Mjólkurbúinu, var ekki ákveðið á grundvelli búvörulaga og taka því samkeppnislög til þeirra viðskipta.

MS kveðst aldrei hafa haldið því fram að félagið hafi verið bundið af verðlagningu verðlagsnefndar búvöru skv. 8. gr. búvörulaga um lágmarksverð til bænda við sölu á hrámjólk til KS og Mjólkú II. Sú verðlagning MS hafi verið gerð í þeim tilgangi að jafna framlegð þessara aðila vegna verkaskiptingar í framleiðslu mjólkurvara. MS heldur því hins

---

<sup>22</sup> Á bls. 50-53 í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 26/2014 er fjallað um umræddar fundargerðir. Hið sama er gert á bls. 47-49 í greinargerð eftirlitsins fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála í máli nr. 5/2014.



vegar fram að félagið búi við „aðhald verðlagsnefndar í allri sinni verðlagningu, bæði þeirri sem ákveðin er beint af verðlagsnefnd sem og annarri.“ Það sé vegna þess að verðlagning verðlagsnefndar bývöru á þeim afurðum sem nefndin verðleggi taki mið af verðlagningu MS á öðrum afurðum sem ekki séu verðlagðar af nefndinni. Ef MS hækki verð á þeim afurðum sem ekki séu verðlagðar af verðlagsnefnd þá skili það sér í hærra lágmarksverði til bænda og lægra heildsöluverði þeirra afurða sem verðlagðar séu af verðlagsnefnd. MS hafi því ekki hagsmuni af því að misnota þá stöðu sem félagið sé í hvort heldur með því að hækka verð afurða sinna á grundvelli annars en rekstrarlegra forsendna eða með háttsemi sem sé til þess fallin að útiloka smærri aðila eða raska samkeppnisstöðu þeirra með öðrum hætti.

Samkeppniseftirlitið áréttar að verðlagsnefnd búvara ákvað ekki verð á þeirri hrámjólki sem MS seldi í heildsölu. Verðlagsákvæðanir nefndarinnar á grundvelli búvörulaga víkja því ekki samkeppnislögum til hliðar í þessu máli.

MS getur því ekki með réttu vísað til aðhalds frá verðlagsnefnd bývöru til stuðnings því að samkeppnislög hafi ekki tekið til aðgerða félagsins. Í bæði 8. gr. og 1. mgr. 13. gr. búvörulaga er skýrt tekið fram til hvaða þátta nefndinni beri að horfa til við ákvörðun framleiðenda- og heildsöluverðs á búvörum. Ekki er tekið fram að nefndin skuli taka mið af verðlagningu MS á öðrum mjólkurafurðum þar sem frjáls verðlagning er fyrir hendi og að sú frjálsa verðlagning hafi áhrif á mjólkurverð til bænda.

### 2.3 Niðurstaða

Samkvæmt framansögðu byggðist verð á hrámjólki í viðskiptum MS við tengda aðila og ótengda aðila ekki á ákvörðunum verðlagsnefndar bývöru samkvæmt 8. gr. né 1. mgr. 13. gr. búvörulaga. Verðlagningin var „frjáls“ og um hana giltu ákvæði samkeppnislaga, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í m.a. málum nr. 3/1996, 8/2006 og 7/2009.

Að þessu sögðu kemur til skoðunar hvort 71. gr. búvörulaga, sbr. lög nr. 85/2004, víki ákvæðum samkeppnislaga til hliðar.

## 3. **Þýðing laga nr. 85/2004, fyrirmæli um nýja rannsókn o.fl.**

MS byggir á því að ákvæði 71. gr. búvörulaga, virt með hliðsjón af lögskýringargögnum og tilgangi laga nr. 85/2004, veiti fyrirtækinu undanþágu frá 11. gr. samkeppnislaga. Með lögum nr. 85/2004 hafi markmið löggjafans „verið að gera samkeppnislögin óvirk þegar um viðskipti innan iðnaðarins sé að ræða.“

Með lögum nr. 85/2004 voru gerðar breytingar á 3. mgr. 13. gr. og 71. gr. búvörulaga. Eftir þær breytingar hljóðar 3. mgr. 13. gr. 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.“*

Í 71. gr. laganna segir eftir breytingarnar:



*„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 máli því sem lauk með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 26/2014 byggði MS á því að ákvæði 71. gr. búvörulaga heimili samstarf milli fyrirtækisins og KS/Mjólk II og þá verðlagningu á hrámjólk sem Mjólkurbúið hafi kvartað yfir. Til viðbótar byggði MS á heimild 3. mgr. 13. gr. laganna til verðtilfærslu. Staðhæfði 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. Mjólk II 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 Mjólk II í eigu KS.“ Með öðrum orðum taldi MS að ákvæði 3. mgr. 13. gr. og 71. gr. búvörulaga um annars vegar heimild til verðtilfærslu og hins vegar heimild til samstarfs til að halda niðri kostnaði leiði til þess að sala fyrirtækisins á hrámjólk á lægra verði til KS/Mjólk II en Mjólkurbúsins og Mjólk I sé lögmæt. Síðar lýsti MS því hins vegar yfir að ákvæði 3. mgr. 13. gr. búvörulaga hefðu ekki þýðingu í málinu.

Í athugasemdum sínum frá 12. janúar 2016 kveðst MS aldrei hafa haldið því fram að ákvæði samkeppnislaga gildi ekki þegar sérákvæðum búvörulaga sleppi og að það sé félaginu „hulin ráðgáta“ af hverju sé að finna ítarlega umfjöllun í andmælaskjali eftirlitsins um þýðingu laga nr. 85/2004 og tengd atriði. MS dregur hins vegar í þeim athugasemdum víðtækar ályktanir af lögum nr. 85/2004 og telur að af þeim leiði að samstarf MS, KS og Mjólk II rúmist að öllu leyti innan 71. gr. búvörulaga og það „samstarf sé því í heild undanskilið gildissviði samkeppnislaga á grundvelli umrædds ákvæðis, þar með talið sá hluti þess samstarfs sem til umfjöllunar er í þessu máli.“

Til að meta túlkun MS á búvörulögum er því rétt að víkja að umræddri lagasetningu og aðdraganda hennar. Í þessu samhengi er jafnframt rétt að fjalla um áform um breytingu á búvörulögum, sem komu fram á árinu 2007 og fyrirmæli áfrýjunarnefndar samkeppnismála um nýja rannsókn Samkeppniseftirlitsins.

### 3.1 Um þýðingu laga nr. 85/2004

Áður en vikið er að setningu laga nr. 85/2004 er rétt að áréttta þær meginreglur sem gilda um samspil samkeppnislaga og búvörulaga og lýsa lagaumhverfinu fram að því að umrædd breytingarlög tóku gildi.

#### 3.1.1 Búvörulög fram að setningu laga nr. 85/2004

Eins og nefnt var segir í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2014 að óumdeilt sé að samkeppnislög gildi um starfsemi í mjólkuriðnaði þar sem undanþágum búvörulaga sleppi. Þessi túlkun á samspili samkeppnisreglna og ákvæða búvörulaga hefur verið í gildi a.m.k. frá gildistöku eldri samkeppnislaga nr. 8/1993.<sup>23</sup>

<sup>23</sup> Sjá umfjöllun um þetta á bls. 25-30 í greinargerð Samkeppniseftirlitsins í máli áfrýjunarnefndar í máli nr. 5/2014.



Samkeppniseftirlitið áréttar að þessi túlkunarregla skapar ekki vandkvæði og er ekki í ósamræmi við markmið búvörlaga. Ástæða þessa er m.a. sú að virk samkeppni er, auk lögmæltra ráðstafna skv. búvörlögum, einnig til þess fallin að ná fram þeim meginmarkmiðum búvörlaga sem tilgreind eru í 1. gr. laganna. Óslitin lagaframkvæmd staðfestir þetta, sbr. m.a. úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 4/1996 og 5/1996.

Hér skiptir einnig máli að með lögum nr. 69/1998 voru gerðar verulegar breytingar á verðlagsákvæðum búvörlaga í frjálsræðisátt. Ber í því sambandi ekki síst að hafa í huga að fyrir gildistöku þeirra laga ákváðu verðlagsnefndir búvöru<sup>24</sup> „fast verð“ og skv. þágildandi 18. gr. búvörlaga mátti enginn „kaupa eða selja búvöru innan lands á öðru verði en ákveðið hefur verið samkvæmt ákvæðum þessara laga.“

Í kjölfar þjóðarsáttarsamninganna um áramótin 1989/1990 hófst vinna sem leiddi m.a. til þessara breytinga á búvörlögum 1998. Breytingar þessar miðuðu að því að gera verðlagningu búvara frjálsari.<sup>25</sup>

Svonefnd sjömannanefnd var skipuð í tengslum við þjóðarsáttarsamningana og var verkefni hennar að taka til endurskoðunar stefnuna í landbúnaðarmálum með það að markmiði að innlend búvöruframleiðsla yrði hagkvæmari og kostnaður lækkaði á öllum stigum framleiðslunnar. Skilaði nefndin m.a. tillögum á árunum 1991 og 1992.

Samningur um stjórnun mjólkurframleiðslu rann út í lok verðlagsársins 1997/98. Var sjömannanefnd falið að meta árangur hans og gera tillögur um fyrirkomulag mjólkurframleiðslu. Setti nefndin fram tillögur í frjálsræðisátt í nóvember 1997 sem þóttu „mjög byltingarkenndar“.<sup>26</sup> Var í kjölfarið gerður nýr samningur milli Bændasamtakanna og landbúnaðarráðherra, dags. 17. desember 1997, og byggði hann á tillögum sjömannanefndar. Hafði þessi samningur m.a. það markmið að auka samkeppni.<sup>27</sup>

Í mars 1998 lagði landbúnaðarráðherra fram frumvarp til breytinga á búvörlögum. Í almennum athugasemdum segir að tilgangur þess sé að lögfasta nauðsynlegar breytingar á búvörlögum vegna ákvæða í framangreindum samningi frá 17. desember 1997. Síðan segir:

---

<sup>24</sup> Sexmannanefnd ákvað verð til framleiðenda og fimmannefnd ákvað heildsöluverð á þeim búvörum sem voru verðlagðar af sexmannanefnd.

<sup>25</sup> Sjá hér grein eftir Guðmund Sigþórsson þáverandi skrifstofustjóra í landbúnaðarráðuneytinu, *Verðlagsmál landbúnaðarins*, frá árinu 2001 (aðgengileg á [landbunadur.is](http://landbunadur.is)): „Til að átta sig á stöðu verðlagsmálanna í dag er óhjákvæmilegt að rifja upp fortíðina og sjá hvað hefur breyst, en svo sem kunnugt er hafa orðið miklar breytingar á verðlagningu landbúnaðarafurða á s.l. áratug. Þær hafa hniðið í þá átt að gefa verðlagninguna frjálsari, þ.e. að láta framboð og eftirspurn ráða ferðinni og draga úr opinberum afskiptum.“

<sup>26</sup> Sbr. grein Guðmundar Sigþórssonar frá 2001.

<sup>27</sup> Í Morgunblaðinu 18. desember 1997 var birt frétt um samninginn með fyrirsögninni „Stefnt að aukinni samkeppni og frjálsræði.“ Í fréttinni segir m.a. þetta: „LANDBÚNAÐARRÁÐHERRA og Bændasamtök Íslands hafa náð samkomulagi um nýjan búvörusamning í mjólk, sem mun gilda til ársins 2005. Var samningurinn undirritaður í gær. Samningurinn felur í sér umtalsverðar breytingar á verðákvörðunarkerfi mjólkur. Kemur ein verðlagsnefnd landbúnaðar í stað fimmmanna- og sexmannanefnda, sem hafa ákveðið verð á mjólk til bóndans og heildsöluverð. Er nýju verðlagsnefndinni ætlað að ákveða svokallað lágmarksverð sem afurðastöðvum ber að greiða að lágmarki fyrir mjólk. Fyrir mitt árið 2001 á svo samkvæmt samningnum að fella niður heildsöluverðsákvörðun mjólkur, og mun verðið eftir það ráðast af samningum á milli einstakra bænda og viðkomandi afurðastöðva. “Það á að leiða til aukinnar samkeppni og sveigjanleika og færa greinina ofurlítið í átt til frjálsræðis,“ segir Guðmundur Bjarnason landbúnaðarráðherra.“





*„Samningurinn um starfsskilyrði mjólkurframleiðslunnar byggist á álitum Sjömannanefndar frá 4. nóvember 1997 um framleiðslu og vinnslu mjólkur. Sjömannanefnd sem er skipuð aðilum vinnumarkaðarins, fulltrúum bænda og ríkisins var falið af landbúnaðarráðherra í september 1996 að vinna að stefnumörkun í málefnum landbúnaðarins. Verkefni nefndarinnar fólust í að athuga rekstrarskilyrði landbúnaðarins hérlendis í samanburði við nágrannalöndin, athuga verðlagningu búvara og samkeppnislöggjöf, innflutningsvernd fyrir búvörur, hagræðingu við framleiðslu og vinnslu búvara og smásöluverslun og verðlagslöggjöf um viðskipti með búvörur.“*

Er síðan tekið fram í frumvarpinu að tilgangur þess sé m.a. að efla frjálsræði og sveigjanleika í verðlagningu mjólkur og mjólkurafurða.

Frumvarpið varð að lögum nr. 69/1998. Helstu breytingar sem hér skipta máli voru eftirfarandi:

- Í breytingunum fólust m.a. að fimmannanefnd var lögð niður og verðlagsnefnd búvara var falið að ákveða bæði afurðaverð til framleiðenda og heildsöluverð.
- Horfið var frá því fyrirkomulagi að verðákvarðanir skv. búvörulögum væru bindandi og í því skyni var 18. gr. búvörulaga felld á brott. Þá var sú breyting gerð á 8. gr. búvörulaga að verðlagsnefndin ákvað „*lágmarksverð*“ á mjólk til framleiðenda og sérstaklega tekið fram í ákvæðinu að hverri „*afurðarstöð er heimilt að greiða framleiðendum hærra verð en lágmarksverð.*“ Var þannig við það miðað að viss samkeppni gæti ríkt milli afurðastöðva um kaup á mjólk af bændum sem gæti verið þeim til hagsbóta.

Ljóst er hins vegar að þessum breytingum á búvörulögum var ekki ætlað að haggja því fyrirkomulagi að ákvæði samkeppnislaga tækju að fullu til viðskipta með búvöru þegar sérákvæðum búvörulaga sleppti. Þannig var verðlagsnefnd búvöru veitt sama heimild samkvæmt 16. gr. búvörulaga og fimmannanefnd hafði til þess að gefa verðlagningu frjálsa þegar samkeppni væri næg til að tryggja eðlilega verðmyndun, sbr. 6. gr. laga nr. 69/1998.<sup>28</sup> Í ákvæðinu birtist þannig aftur það viðhorf löggjafans að samkeppni og samkeppnisreglum væri ætlað að tryggja m.a. eðlilega verðmyndun og aðra almannahagsmuni þegar skýr ákvæði búvörulaga segðu ekki annað. Þessi skilningur um óbreytt gildissvið samkeppnislaga er einnig staðfestur þegar horft er til athugasemda við 2. gr. frumvarps sem varð að lögum nr. 69/1998 en þar er m.a. fjallað um samkeppnislög:

*„Nýmæli er að viðurkenndum samtökum skv. 4. gr. laganna er heimilað að gefa út viðmiðunarverð til framleiðenda fyrir nautgripakjöt og kindakjöt. Það á sér hliðstæðu í að verðlagsnefnd búvara hefur skráð annað verð á einstökum flokkum nautgripakjöts og kindakjöts en hefur numið áætluðum framleiðslukostnaði. Það hefur verið gert í samræmi við tillögur frá landssamtökum þessara búgreina hverju sinni. Verð þetta hefur hins vegar verið fast verð en ekki viðmiðunarverð eins og hér er lagt til, þar sem í gildandi löggjöf er einungis gefinn kostur á að verðlagsnefnd búvara ákveði fast verð*

<sup>28</sup> Með lögum nr. 112/1999 var felld niður skylda til að bera slíka ákvörðun undir Framleiðsluráð landbúnaðarins enda var það ráð lagt niður með þeim lögum.



*fyrir afurðir einstakra búgreina til framleiðenda eða gefi það frjálst og þá falli það undir ákvæði samkeppnislaga, nr. 8/1993."*

Er mikilvægt að hafa í huga í þessu máli að í framangreindri lagabreytingu fólst m.a. sú „byltingarkennda“ breyting að gert var ráð fyrir að viss verðsamkeppni gæti ríkt milli afurðastöðva við kaup á hrámjólk af bændum. Búvörulög í dag eru óbreytt að því leyti. Hefur verulega þýðingu í þessu máli að búvörulög gera ráð fyrir þeim möguleika að á markaði starfi sjálfstæðar afurðastöðvar sem geta keppt sín á milli bændum (og neytendum) til hagsbóta.

### 3.1.2 Aðdragandi laga nr. 85/2004

Í mars 2004 fól landbúnaðarráðherra þeim Árna Vilhjálmsyni hrl. og Eiríki Tómassyni, þá prófessor, að rita álitserð um tengsl samkeppnislaga og búvörulaga og gera tillögur til breytinga á búvörulögum.

Í álitserðinni, dags. 30. apríl 2004, kemur fram að höfundum hafi sérstaklega 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 því sambandi hafi einkum verið lögð áhersla á eftirfarandi atriði:

- Þróun smásöluverðs landbúnaðarafurða í samanburði við afurðaverð til bænda.
- Samkeppni í búvöruframleiðslu.

Í álitserðinni var fjallað almennt um samkeppnislög og búvörulög og tengsl þessara laga. Bent var á að samkeppnislög séu almenn lög og sérlög eins og búvörulög beri að skýra í samræmi við þau eins og kostur er. Síðan sagði:

*„Lagaákvæði sem fela í sér frávík 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 frá gildissviði samkeppnislaga og þar með íhlutunarvaldi samkeppnisyfirvalda:*

*Á sama hátt 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.“<sup>29</sup>*

Í álitserðinni er gerður greinarmunur á annars vegar mjólk og öðrum búvörum eins og t.d. kjöti og grænmeti. Sagt er að svo til óheft samkeppni ríki varðandi verð og viðskiptakjör á síðastgreindu vörunum. Hins vegar séu fyrir hendi opinber verðlagsafskipti af mjólkinni. Telja álitsgjafarnir því ástæðu til að greina á milli þessara búvara.

---

<sup>29</sup> Bls. 25. í álitserðinni.



Í álitserðinni eru settar fram tillögur að breytingu á búvörulögum sem ekki síst höfðu þann tilgang að gera mjólkuriðnaðinum betur kleift að undirbúa sig til að mæta erlendri samkeppni sem þá var af m.a. mjólkuriðnaðinum talin yfirvofandi.<sup>30</sup> Í aðalatriðum voru tillögurnar þessar:

- Verðlagsnefnd búvöru myndi ákveða verð á færri mjólkurafurðum en áður, þ.e. aðeins á mjólk og öðrum ferskum mjólkurafurðum. Opinber verðlagning á öðrum mjólkurafurðum félli niður en afurðastöðvum yrði heimilað að hafa samráð um verð á þeim.
- Gerð yrði sú breyting á 3. mgr. 13. gr. búvörulaga að afurðastöðvar hefðu „framvegis heimild til að gera samninga sín á milli um verðtilfærslu milli tiltekinnar afurða, án opinberra afskipta.“
- Þá var lögð til breyting á 71. gr. búvörulaga til þess „að gera innlendum mjólkuriðnaði kleift að takast á við harðnandi samkeppni, án opinberra afskipta ...“

Síðan segir í álitserðinni:

*„Með því að kveða afdráttarlaust svo á um að afurðastöðvar í mjólkuriðnaði geti haft samráð sín á milli um verð, verðtilfærslu, framleiðslu og fleiri þætti í starfsemi sinni, þrátt fyrir ákvæði samkeppnislaga, væri ljóst að 10. gr., 14. gr. og 17. gr. þeirra laga yrði ekki beitt nema að mjög takmörkuðu leyti þegar um er að ræða starfsemi þessara afurðastöðva og samskipti þeirra innbyrðis, svo og samskipti þeirra við mjólkurframleiðendur og þá aðila sem annast smásöluverslun með mjólk og mjólkurafurðir. Önnur ákvæði samkeppnislaga, einkum 11. og 18. gr., myndu hins vegar gilda um innlendan mjólkuriðnað, eftir því sem við ætti.“*

Höfundar álitserðarinnar lögðu þannig til grundvallar að bann 11. gr. samkeppnislaga við misnotkun á markaðsráðandi stöðu myndi gilda áfram með óbreyttum hætti.

Landbúnaðarráðherra lagði fyrir Alþingi frumvarp sem samið var á grundvelli álitserðarinnar.<sup>31</sup> Í framsöguræðu landbúnaðarráðherra segir að í frumvarpinu sé lagt til að lögfest verði ákvæði sem ætlað sé að eyða þeirri réttaróvissu sem skapast hefur um að gildandi búvörulög tryggji með nægjanlegri vissu að „samráð, samruni og verðtilfærslur í mjólkuriðnaði séu undanskildar gildissviði samkeppnislaga í samræmi við ætlun löggjafans.“ Hið sama segir í almennum athugasemdum við frumvarpið. Frumvarpið byggði þannig á þeirri tillögu álitserðarinnar að undanskilja aðeins tiltekna þætti í mjólkuriðnaði frá gildissviði samkeppnislaga. Hvergi kom fram í frumvarpinu að því væri ætlað að takmarka beitingu 11. gr. samkeppnislaga í mjólkuriðnaði.

<sup>30</sup> Í frumvarpi sem varð að lögum nr. 85/2004 kemur fram að einn tilgangur þess að veita mjólkursamlögum undanþágu frá ákvæðum samkeppnislaga sé að gera þeim kleift að mæta harðnandi samkeppni erlendis frá. Sú samkeppni var sögð líkleg vegna lækkunar á tollum sem leitt geti af svonefndum Dohaviðræðum aðildarríkja Alþjóðaviðskiptastofnunarinnar. Dohaviðræðurnar hafa hins vegar ekki enn skilað neinum árangri að þessu leyti.

<sup>31</sup> Í framsöguræðu landbúnaðarráðherra 17. maí 2004, 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 álitserðarinnar að nauðsynlegt væri að lögfesta vilja löggjafans til þess að undanskilja ákvæðna 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.“



Í almennum athugasemdum við frumvarpið er vísað til álitssgerðarinnar og til þess meginhlutverks álitssgjafanna að leggja mat á hvernig hægt væri að tryggja virka samkeppni í viðskiptum með búvöru án þess hagsmunir bænda og íslensks landbúnaðar væru fyrir borð bornir. Er tekið undir með álitssgjöfum að almennt ríki óhindruð samkeppni í sölu á flestum landbúnaðarafurðum á Íslandi, að undanskildum mjólkurafurðum. Einnig kemur skýrt fram í frumvarpinu það mat að ef ákvæði búvörulaga feli í sér frávik frá samkeppnislögum beri að skýra slík ákvæði búvörulaga þröngt. Sökum þessa þurfi með „skýrum lagatexta að lögfesta vilja löggjafans til þess að undanskilja ákveðna þætti landbúnaðarins gildissviði samkeppnislaga.“

Þótt frumvarpið væri byggt á álitssgerðinni var ekki fallist á allar tillögur álitssgjafanna. Þannig var í frumvarpinu ekki tekin upp sú tillaga að draga úr heildsöluverðlagningu á mjólkurafurðum en heimila þess í stað afurðastöðvum verðsamráð um þær vörur sem ekki myndu sæta opinberri heildsöluverðlagningu. Í bréfi landbúnaðarráðuneytisins til Samkeppniseftirlitsins, dags. 11. maí 2006, er útskýrt að hvaða leyti ekki var fallist á tillögur álitssgjafanna. Er þetta reifað svo í áliti Samkeppniseftirlitsins nr. 1/2006:

*„Þá segir í bréfi ráðuneytisins að með lögum nr. 85/2004 hafi verið gerðar breytingar á 3. mgr. 13. gr. og 71. gr. búvörulaga. Þær breytingar hafi stefnt að því að eyða þeirri réttaróvissu sem skapast hefði um búvörulög þess efnis að þau tryggðu ekki með nægjanlegri vissu að samráð, samruni og verðtilfærsla í mjólkuriðnaði væri undanskilið gildissviði samkeppnislaga í samræmi við vilja löggjafans. Telja verði ljóst að þær aðgerðir sem fram komi í tilvitnuðum lagagreinum falli ekki undir bannákvæði IV. kafla samkeppnislaga.“*

*Ennfremur segir að við setningu laganna hafi m.a. verið höfð hliðsjón af tillögum og álitssgerð Árna Vilhjálmssonar hrl. og Eiríks Tómassonar prófessors ... Í álitssgerðinni var lagt til að áfram yrði ákveðið 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 þessu sé einnig tryggt að þeir aðilar sem stundi smásöluverslun eigi kost á því að kaupa þessar vörur á sambærilegu verði, og þar með verði komið í veg fyrir að stórar verslunarkeðjur geti keypt umræddar vörur á mun hagstæðara verði en keppinautarnir í krafti stærðar sinnar. Í álitssgerðinni hafi jafnframt verið talið að opinber verðlagning væri óþörf á öðrum mjólkurafurðum að því tilskildu að næg samkeppni ríkti innan lands í viðskiptum með mjólkurafurðir, aðrar en ferskar afurðir. Samhliða þessu yrði þó að heimila afurðastöðvum í mjólkuriðnaði að gera með sér samkomulag um verðtilfærslu milli tiltekinna 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. Með lögnum hafi ekki verið gengið jafn langt og lagt var til í álitssgerðinni að því leyti að ekki var hróflað við hlutverki verðlagsnefndar við ákvörðun heildsöluverðlagningar mjólkurafurða. Hins vegar var ákveðið að minnka opinber verðlagsafskipti með því að færa ábyrgð og endanlega ákvörðunartöku um verðlagningu mjólkurafurða sem ekki falla undir verðlagsnefnd til afurðastöðvanna sjálfra. Áður höfðu ákvarðanir þessar verið*



*háðar staðfestingu verðlagsnefndar. Þó hvíli upplýsingaskylda við verðlagsnefnd áfram á afurðastöðvunum."*

Í frumvarpinu voru lagðar til breytingar á 3. mgr. 13. og 71. gr. búvörulaga og var frumvarpið samþykkt óbreytt, sbr. lög nr. 85/2004. Í álit meiri hluta landbúnaðarnefndar er vísað til þess að samkeppni á innanlandsmarkaði muni í náninni framtíða harðna vegna innflutnings. Segir síðan að innlendir mjólkuriðnaður þurfi því „að fá tækifæri til uppstokkunar og hagræðingar og er því nauðsynlegt að heimila sameiningu afurðastöðva og að þeim verði einnig heimilt að gera með sér samkomulag um verkaskiptingu. Í frumvarpinu er þó gert ráð fyrir að slíka samninga þurfi að leggja fyrir verðlagsnefnd til upplýsingar." Lagði meiri hlutinn til að frumvarpið yrði samþykkt óbreytt.

### 3.1.3 Breytingin á 3. mgr. 13. gr. búvörulaga

Ákvæði 3. mgr. 13. gr. búvörulaga fjallar um svonefnda frjálsa verðtilfærslu.<sup>32</sup> Með verðtilfærslu í skilningi búvörulaga er í aðalatriðum átt við að „innheimt er af seldum lítrum og/eða kílóum af tilteknum vörum með háa framlegð og greitt út á vörur með lága eða neikvæða framlegð eftir seldu magni."<sup>33</sup>

Fyrir gildistöku laga nr. 85/2004 hljóðaði 3. mgr. 13. gr. búvörulaga svo:

*„Verðlagsnefnd getur, að fengnum tillögum afurðastöðva eða samtaka þeirra, heimilað afurðastöðvum að gera samninga sín á milli um verðtilfærslu milli tiltekinna afurða. Samningar þessir skulu hljóta staðfestingu verðlagsnefndar."*

Þetta ákvæði var hluti af þeirri breytingu sem framangreind lög nr. 69/1998 gerðu á búvörulögum. Ákvæðið er skýrt svo í athugasemdum við frumvarpið sem varð að þeim lögum:

*„Ákvæði er um að verðlagsnefndin geti heimilað afurðastöðvum í mjólkuriðnaði að gera samninga sín á milli um verðtilfærslu milli afurða, komi um það tillögur frá samtökunum eða einstökum afurðastöðvum. Það er í samræmi við álit sjömannanefndar frá nóvember 1997 og í samningi um starfsskilyrði mjólkurframleiðslunnar frá desember 1997.*

*Það er jafnframt í samræmi við núgildandi fyrirkomulag við verðlagningu mjólkur og mjólkurafurða sem fimmannanefnd ákveður. Sú verðtilfærsla milli afurða á rót sína að rekja til þess tíma er niðurgreiðslum á verði mjólkur var breytt í beinar greiðslur til bænda árið 1992, sbr. skýringar við 8. gr. hér á eftir. Samningur um verðtilfærslu milli afurðastöðva mun ekki binda aðrar afurðastöðvar en þær sem að honum standa. Öllum afurðastöðvum verður frjálst að taka þátt í þessum samningum eða standa utan þeirra. Þeir taka ekki gildi nema með samþykki verðlagsnefndar. Efnislega eru þessi ákvæði samhljóða 59. gr. núgildandi laga sem heimilar samninga milli Framleiðsluráðs landbúnaðarins og afurðastöðva í mjólkuriðnaði er kveði á um verðtilfærslu til*

<sup>32</sup> Hin tegundin af verðtilfærslu var sú lögbundna og var mælt fyrir um hana í m.a. 22. gr. búvörulaga. Hin lögbundna verðtilfærsla var felld úr gildi með lögum nr. 140/2013, sbr. nánari umfjöllun hér á eftir.

<sup>33</sup> Skilgreint svo í almennum athugasemdum með frumvarpi til laga um breytingu á búvörulögum sem lagt var fram, á 138. löggjafarþingi 2009-2010, af m.a. Einari K. Guðfinnssyni og Sigurði Inga Jóhannssyni (342. mál).



*að jafna framlegð mismunandi framleiðslutegunda milli mjólkurbúa. Fimmannanefnd er heimilt að grípa inn í þessa samninga."*

Verðtilfærsla er nánar skýrð í athugasemdum við 8. gr. frumvarpsins:

*„Við lögfestingu ákvæða í búvörusamningnum frá 1992 var niðurgreiðsla á verði mjólkur og mjólkurafurða í heildsölu hætt en jafnvirði þeirra greitt beint til bænda. Niðurgreiðslur voru þá mjög breytilegar sem hlutfall af verði hverrar afurðar. Í hlutfalli af framleiðslukostnaði voru niðurgreiðslur mestar á smjöri og mjólkurdufti. Til að valda ekki röskun á markaði mjólkurafurða við þessa tilfærslu á fjármunum, var tekin ákvörðun í fimmannanefnd um að heimila tilfærslur á milli verðs einstakra afurða sem hefur verið við lýði síðan. Það er gert á þann hátt að við heildsöluverðlagningu er fært af verði einnar afurðar til annarrar þó þannig að summa fjárhæðar til hækkunar vara verði jöfn summu fjárhæða til lækkunar annarra vara."*

Eftir gildistöku laga nr. 85/2004 hljómar 3. mgr. 13. gr. svo:

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

Í skýringum á þessu ákvæði í frumvarpinu segir að Samtök afurðastöðva í mjólkuriðnaði (SAM) annast framkvæmd þessarar verðtilfærslu. Í framkvæmd fari verðtilfærslan þannig fram að stjórn SAM geri fyrir hönd aðildarfélaganna (sem eru í dag Auðhumla/MS, KS og Mjólka II) tillögur um verðtilfærslu mjólkur og mjólkurafurða sem síðan eru háðar staðfestingu verðlagsnefndar. Í tillögum SAM sé lagt til að innheimt verði mánaðarlega verðtilfærslugjald á ýmsum mjólkurafurðum og að tilteknar mjólkurafurðir hljóti mánaðarlega endurgreiðslur úr verðtilfærslusjóði SAM. Verðtilfærslugjald sé innheimt á grundvelli 22. gr. búvörulaga. Samningur um verðtilfærslu bindi ekki aðrar afurðastöðvar en þær sem að honum standa. Sem stendur séu hins vegar allar mjólkurafurðastöðvar aðilar að samkomulaginu. Síðan segir:

*„Með breytingunni er því aðeins verið að færa formið og ábyrgðina til afurðastöðvanna frá verðlagsnefnd í samræmi við venjubundna framkvæmd samkvæmt búvörulögum og undanskilja verðtilfærsluna skýrlega gildissviði samkeppnislaga. Þó er talið rétt að verðlagsnefnd sé upplýst um þessa samninga og því er lögð skylda á afurðastöðvarnar að senda nefndinni þá til upplýsingar."*

Þegar framangreint er virt er ljóst að 3. mgr. 13. gr. búvörulaga er ætlað að veita afurðarstöðvum í mjólkuriðnaði skýra heimild til að gera tiltekna tegund af samningum sínum á milli. Eru það samningar þar sem viðkomandi afurðastöðvar semja um svonefnda frjálsa verðtilfærslu. Hefur SAM annast þessa verðtilfærslu og hafa tekjur af sölu mjólkurvara með háa framlegð verið notaðar til þess að greiða niður mjólkurvörur með lága framlegð.<sup>34</sup>

<sup>34</sup> Í d. lið 2. mgr. 8. gr. samþykktar SAM frá 7. mars 2008 segir að hlutverk samtakanna sé að „annast framkvæmd og reikningshald verðtilfærslu SAM á meðan heimildarákvæði laga nr. 99/1993 verður til staðar og það nýtt". Gerð er grein fyrir þessu verkefni SAM í ársskýrslum samtakanna. Í skýrslu fyrir árið 2009 segir að í



Í samræmi við þá stefnu löggjafans, sem ekki síst var mörkuð með gildistöku laga nr. 69/1998, var ákveðið að draga úr opinberum afskiptum af verðtilfærslunni og veita afurðastöðvum heimild til þess að framkvæma hana með sjálfstæðum hætti. Löggjafanum þótti nauðsynlegt að afurðastöðvar gætu haft þessa tilteknu samvinnu sín á milli þrátt fyrir ákvæði samkeppnislaga sem almennt banna verðsamstarf keppinauta. Var því veitt skýr lagaheimild til þessa en hún tekur samkvæmt orðalagi sínu og eðli málsins samkvæmt ekki til neinna annarra aðgerða en „verðtilfærslu milli tiltekinna afurða“, enda ber að skýra undantekningar frá samkeppnislögum þröngt. Verður þessi verðtilfærsla að koma fram í formlegum samningum sem lagðir eru fyrir verðlagsnefnd búvöru.

#### 3.1.4 Breytingin á 71. gr. búvörulaga

Í búvörulögum, eins og þau voru fram að gildistöku laga nr. 112/1992, var mælt fyrir um skyldu Framleiðsluráðs landbúnaðarins og samtaka afurðastöðva í mjólkuriðnaði „að gera samkomulag um verkaskiptingu á milli mjólkursamlaga að því er varðar framleiðslu milli einstakra mjólkurvara með tilliti til heildarafkomu framleiðslugreinarinnar og hagsmuna mjólkurframleiðenda og neytenda.“ Samkomulag tók hins vegar ekki gildi nema landbúnaðarráðherra staðfesti það.

Með lögum nr. 112/1992 var umræddu ákvæði breytt og var það í samræmi við álit sjömannanefndar. Er breytingunni lýst svo í athugasemdum við frumvarp sem varð að þeim lögum:

*„Grein þessi er til breytinga á 56. gr. gildandi laga sem kveður á um skyldu Framleiðsluráðs og Samtaka afurðastöðva í mjólkuriðnaði til að gera með sér verkaskiptasamkomulag.“*

*Breytingin felst í því að afurðastöðvum verði nú frjálst hvort þær skipta með sér verkum við framleiðslu eða starfa algerlega sjálfstætt. Gerir þær með sér samkomulag um verkaskiptingu verði jafnframt heimilt að beita verðtilfærslu, að ákveðnu hámarki þó, til að jafna framlegð mismunandi framleiðslutegunda.*

*Þessi breyting er í samræmi við álit sjömannanefndar, þar sem áhersla er lögð á að afurðastöðvum skuli vera frjáls aðild að verðtilfærslu. Í ljósi þess að vænta má erlendarar samkeppni við mjólkuriðnaðinn þykir þó eðlilegt að afurðastöðvarnar hafi áfram möguleika á að starfa saman, ef þær svo kjósa, til að styrkja samkeppnisstöðu sína.“ (Undirstrikun Samkeppniseftirlitsins)*

Samkeppniseftirlitið vekur hér athygli á því að samkvæmt þessu var við það miðað af löggjafanum að verðtilfærsla væri aðferðin sem notuð væri til að jafna framlegð milli afurðastöðva sem kjósa að gera samkomulag um verkaskiptingu. Með lögum nr. 112/1999 voru gerðar ýmsar breytingar á lögum vegna niðurlagningar Framleiðsluráðs

---

*„verðtilfærslusjóð SAM eru innheimt vörutengd gjöld af sýrðum vörum (jógúrt og skyldum vörum) rjóma, sérostum og mjólkurdufti. Greitt var úr sjóðnum vegna nýmjólk, skólaléttmjólk, iðnaðarrjóma, skyri, smjörva, mögrum ostum (Gouda 17%, Mozzarella og Gouda 11%), iðnaðarmjólkurdufti, undanrennufti og kálfafóðri.“ Samskonar lýsingu er að finna í öðrum ársskýrslum SAM sem gefnar voru út á rannsóknartímabili þessa máls. (Sjá sam.is)*



landbúnaðarins, þ.m.t. á framangreindu ákvæði búvörulaga um samkomulag um verkaskiptingu. Eftir þá breytingu hljóðaði 59. gr. búvörulaga svo:

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

Kemur fram í lögskýringagögnum að í þessu fólst ekki efnisleg breyting á heimildinni til þess að gera umrædda samninga. Á grundvelli breytinga sem lög nr. 101/2002 gerðu á búvörulögum varð 59. gr. að 71. gr. en efni ákvæðisins breyttist ekki.

Eftir gildistöku laga nr. 85/2004 hljóðar 71. gr. búvörulaga svo:

*„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 athugasemdum við þessa grein er vísað til þágildandi heimildar búvörulaga til að gera samkomulag um verkaskiptingu milli mjólkursamlaga að því er varðar framleiðslu einstakra mjólkurvara. Einnig er vísað til þess sem fram kemur í samningi SAM og Bændasamtakanna um áætlanir fyrir innanlandsmarkað og birgðastjórnun.<sup>35</sup> Síðan segir:

*„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.“*

Eins og fyrr sagði kom fram í álitserðinni, sem lá þessari breytingu á 71. gr. til grundvallar, að tilgangur hennar væri að gera innlendum mjólkuriðnaði kleift að takast á við harðnandi erlenda samkeppni, án opinberra afskipta.

Þegar horft er til orðalags 71. gr., og annarra framangreindra gagna, er ljóst að ákvæðið hefur tvíþættan tilgang:

---

<sup>35</sup> 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.





- Í fyrsta lagi er því ætlað að veita afurðastöðvum í mjólkuriðnaði tiltekna undanþágu frá banni samkeppnislaga við samkeppnishamlandi samstarfi keppinauta. Afurðastöðvum er þannig heimilt að gera samkomulag um verkaskiptingu varðandi framleiðslu mjólkurvara og hafa með sér annars konar samstarf „*til þess að halda niðri kostnaði við framleiðslu, geymslu og dreifingu mjólkurafurða.*“ Veitt er þannig tiltekin undanþága frá banni 10. gr. samkeppnislaga við samráði keppinauta. Annað samráð afurðastöðva eins og t.d. samráð við gerð tilboða í útboðum fellur ekki undir ákvæðið skv. orðalagi þess.
- Í öðru lagi er afurðastöðvum veitt skýr undanþága frá samrunaákvæðum samkeppnislaga. Samkvæmt ákvæðinu geta því afurðastöðvar, ef þær svo kjósa, runnið saman án þess að samkeppnisyfirvöld (eða landbúnaðaryfirvöld) geti gripið til aðgerða vegna áhrifa samrunans á mjólkurframleiðendur eða neytendur.

Eins og orðalag 71. gr. búvörulaga ber með sér veitir það hins vegar ekki undanþágu frá banni samkeppnislaga við misnotkun á markaðsráðandi stöðu enda var það ekki tilgangurinn með lagabreytingunni. Eins og landbúnaðarráðherra benti á í framsöguræðu sinni var í frumvarpinu lagt til að lögfest yrði ákvæði sem ætlað væri að eyða þeirri réttaróvissu sem skapast hefði um að gildandi búvörulög tryggðu ekki með nægjanlegri vissu að „*samráð, samruni og verðtilfærslur í mjólkuriðnaði séu undanskildar gildissviði samkeppnislaga.*“ Í álitsgerðinni sem lá til grundvallar þessari lagasetningu var og skýrt tekið fram að 11. gr. samkeppnislaga myndi áfram gilda í mjólkuriðnaði.

### 3.1.5 Voru samkeppnislögin gerð „óvirk“?

Eins og fyrr segir hefur MS byggt á því að markmið löggjafans með setningu laga nr. 85/2004 „*hafi verið að gera samkeppnislögin óvirk þegar um viðskipti innan iðnaðarins var að ræða.*“ Jafnframt hefur MS sagt að ákvæði 8. gr. og 1. mgr. 13. gr. búvörulaga um verðlagningu búvara setji afurðastöðvum „*skýrar skorður sem hindra að afurðastöðvar geti misnotað þá sérstöðu*“ sem ákvæði 3. mgr. 13. gr. og 71. gr. laganna veita þeim. Þetta aðhald komi í stað þess aðhalds sem samkeppnislög veita.

Samkeppniseftirlitið telur ljóst samkvæmt framansögðu að allt frá setningu búvörulaga hafi samkeppnisreglur gilt fullum fetum í viðskiptum með búvöru nema skýr ákvæði búvörulaga mæli fyrir um annað. Eins og fyrr segir er þessi niðurstaða rökrétt og í samræmi við markmið bæði samkeppnislaga og búvörulaga. Einn helsti tilgangur búvörulaga er að stuðla að framförum og aukinni hagkvæmni í búvöruframleiðslu og vinnslu og sölu búvara til hagsbóta fyrir framleiðendur og neytendur, sbr. a. lið 1. mgr. 1. gr. laganna. Samkeppnislög byggja á þeirri forsendu að virk samkeppni sé helsti drifkraftur framfara og hagkvæmni, sbr. 1. gr. laganna.

Þegar þetta er virt og horft er til framangreindrar reifunar á búvörulögum má segja að löggjafinn hafi stuðst við tvær aðferðir til að tryggja framfarir og hagkvæmni í landbúnaði. Annars vegar sérstakar reglur um m.a. framleiðslustjórnun og verðlagningu sem settar eru í búvörulögum og hins vegar krafta samkeppninnar og beitingu samkeppnisreglna þegar sérákvæðunum sleppir.

Að sama skapi hefur gæsla almannahagsmuna í viðskiptum með búvörur byggst á tveimur stoðum:



- Eftirliti stjórnvalda skv. búvörulögum. Hefur þetta aðallega falist í því að nefndir sem m.a. eru skipaðar fulltrúum neytenda og landbúnaðaryfirvalda ákveða verð á tilteknum afurðum. Einnig hafa stjórnvöld, t.d. landbúnaðarráðherra, þurft að samþykkja tiltekna gerninga eða samninga afurðastöðva.
- Eftirliti samkeppnisyrvalda þegar sérákvæðum búvörulaga sleppir.

Framangreind þróun sýnir að frjálsræði hefur aukist og dregið hefur úr eftirliti á grundvelli búvörulaga. Draga má þetta fram með eftirfarandi hætti:

- Eftir gildistöku laga nr. 69/1998 voru verðákvæðanir skv. búvörulögum ekki bindandi með sama hætti og áður. Verðlagsnefnd ákvað ekki lengur fast verð til mjólkurframleiðenda heldur lágmarksverð og sérstaklega var gert ráð fyrir því að afurðarstöðvar gætu keppt sín á milli og boðið bændum hærra verð en lágmarksverðið.
- Samkvæmt ákvæðum laga nr. 69/1998 var afurðastöðvum „frjálst“ að taka þátt í samningum um verðtilfærslu eða standa utan þeirra.
- Fyrir gildistöku laga nr. 85/2004 gátu afurðastöðvar aðeins gert samninga um verðtilfærslu ef verðlagsnefnd annars vegar heimilaði að gengið yrði til slíka samninga og hins vegar staðfesti efni þeirra.
- Eftir gildistöku laga nr. 85/2004 hafa afurðastöðvar í mjólkuriðnaði fullt frelsi til að gera slíka samninga og þurfa ekki samþykki verðlagsnefndar, sbr. 3. mgr. 13. gr. búvörulaga. Verðtilfærslan er ekki hugsuð til þess að jafna mismunandi hráefnisverð heldur afurðaverð til að bæta upp framlegð í vinnslu tiltekinna mjólkurafurða.
- Fyrir gildistöku laga nr. 112/1992 var samtökum afurðastöðva í mjólkuriðnaði skylt að gera samning við Framleiðsluráð landbúnaðarins um verkaskiptingu. Eftir gildistöku þeirra laga var þeim það frjálst. Eins sagði í frumvarpinu sem varð að þeim lögum: „Breytingin felst í því að afurðastöðvum verði nú frjálst hvort þær skipta með sér verkum við framleiðslu eða starfa algerlega sjálfstætt.“ Hins vegar var tiltekið í lögnum að samkomulag um verkaskiptingu tæki ekki gildi fyrr en landbúnaðarráðherra hefði staðfest það.
- Eftir gildistöku laga nr. 85/2004 var þetta frelsi til samvinnu aukið og eftirlit landbúnaðarráðherra lagt niður, sbr. 71. gr. búvörulaga. Einnig var samrunaefirlit skv. samkeppnislögum fellt niður.

Út frá sjónarhóli samkeppnislaga eru þessar breytingar jákvæðar að því leyti að þær gera ráð fyrir að á mjólkurmarkaði geti starfað sjálfstæðar afurðastöðvar sem kjósa ekki að eiga samvinnu við keppinauta sína um þau atriði sem tilgreind eru í 3. mgr. 13. gr. og 71. gr. búvörulaga. Það sem er neikvætt við breytingarnar, með hliðsjón af markmiði samkeppnislaga, er sú undanþága frá mikilvægum ákvæðum laganna sem umrædd ákvæði búvörulaga veita þeim afurðastöðvum sem hana vilja nýta.

Það var ekki tilgangur laga nr. 85/2004 að gera samkeppnislög alfarið óvirk þegar um er að ræða viðskipti eða samskipti afurðastöðva. Þrátt fyrir breytinguna sem leiddi af lögum nr. 85/2004 er enn ráð fyrir því gert að afurðastöðvar í mjólkuriðnaði geti starfað sjálfstætt og veitt samkeppnislegt aðhald bændum og neytendum til hagsbóta. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 40/2009 er gerð grein fyrir því að Mjólka I hefði veitt



samkeppnislegt aðhald og að sú samkeppni hefði leitt til þess að verð á mjólk til bænda hækkaði og verð til neytenda lækkaði.

Þegar heimildir MS skv. 71. gr. búvörulaga eru túlkaðar verður að hafa framangreint í huga. Þeim heimildum má ekki beita með þeim hætti að markmið, bæði samkeppnis- og búvörulaga, um mögulegt jákvætt samkeppnislegt aðhald frá sjálfstæðum afurðastöðvum sé gert að engu.

Eins og fram kom hér að framan var 11. gr. samkeppnislaga ekki vikið til hliðar með lögum nr. 85/2004. Hnykkt var á þessu í umræðum á Alþingi 15. nóvember 2007. Þá tók þáverandi landbúnaðarráðherra þetta skýrt fram í umræðu um frumvarp sem hann hafði lagt fram til breytinga á búvörulögum (sem vikið verður að hér á eftir). Ráðherra benti á heimild afurðastöðva til samvinnu skv. 71. gr. búvörulaga en tók svo fram að afurðastöðvar;

*„geta að vísu ekki beitt markaðsráðandi stöðu sinni, það er auðvitað ekkert sem samkeppnislögin eða búvörulögin eða nein önnur lög heimila þeim að gera.“<sup>36</sup>*

Samkvæmt framansögðu eru það aðeins þær aðgerðir sem skýrlega falla undir 71. gr. búvörulaga sem eru undanþegnar samkeppnislögum.

#### 3.1.6 Nánar um sjónarmið MS og niðurstaða

Meginsjónarmið MS er að rétt skýring á 71. gr. búvörulaga leiði til þess að samstarf MS og KS (og Mjólk II) sé í heild undanskilið gildissviði samkeppnislaga og þar með talin jöfnun á framlegð í tilefni af verkaskiptingu að því er framleiðslu einstakra mjólkurafurða varðar.

Samkeppniseftirlitið bendir á að kjarni þessa máls er að MS seldi ótengdum keppinautum grundvallarhráefni, hrámmjólk, á mun hærra verði heldur en gildi gagnvart tengdum aðilum og eigin vinnslu. Sú aðgerð var augljóslega til þess fallin að raska þeirri samkeppni sem löggjafinn gerir ráð fyrir að ríkt geti milli afurðastöðva. Þar sem lög nr. 85/2004 takmörkuðu ekki beitingu 11. gr. samkeppnislaga er að mati Samkeppniseftirlitsins ljóst að aðeins þær aðgerðir sem skýrlega falla undir 71. gr. búvörulaga eru undanþegnar banni 11. gr. samkeppnislaga. Sala á hrámmjólk á lægra verði til tengdra afurðastöðva og á hærra verði til ótengdra fellur ekki undir orðalag umrædds ákvæðis búvörulaga.

Til viðbótar bendir Samkeppniseftirlitið á að MS virðist ekki greina á milli heimild til þess að gera samkomulag um verkaskiptingu um framleiðslu einstakra mjólkurvara á grundvelli 71. gr. búvörulaga annars vegar og viðskiptum og verðlagningu á hrámmjólk hins vegar. Verkaskipting í framleiðslu einstakra mjólkurafurða leiðir ekki óhjákvæmilega til þess að öll viðskipti með hrámmjólk milli aðila skuli verðlögð á lágmarksverði til bænda. Verkaskipting MS og KS fólst m.a. í því að MS framleiddi mozzarellaost úr eigin hráefni og seldi hann til KS sem gerði úr honum rifost. Verkaskiptingin fól því m.a. í sér að KS gat framleitt aðrar mjólkurafurðir úr því hráefni sem félagið safnaði frá bændum sem annars hefði farið í framleiðslu á mozzarellaosti. Verkaskiptingin fór því fram á vinnslustigi í samræmi við ákvæði 71. gr. búvörulaga og kallaði augljóslega ekki á að MS þyrfti að selja KS hrámmjólk á mun lægra verði en til ótengdra keppinauta. Heimild í búvörulögum um verkaskiptingu í vinnslu mjólkurafurða heimilar þannig ekki markaðsráðandi afurðastöð að

<sup>36</sup> 135. löggjafarþing — 26. fundur, 15. nóv. 2007, 203. mál. Ræða hefst kl. 19:59.



mismuna keppinautum í verði á hrámjólk áður en til vinnslu mjólkurafurða kemur, sbr. nánar hér á eftir.

MS kveðst fallast á það að frávik frá samkeppnislögum beri jafnan að túlka þröngt. Með lögfestingu 71. gr. búvörulaga hafi hins vegar löggjafinn með skýrum hætti undanþegið samstarf um verkaskiptingu og samstarf um að halda niðri kostnaði frá gildissviði samkeppnislaga „*án frekari afmörkunar á einstökum þáttum slíks samstarfs eða þeim ákvæðum samkeppnislaga sem undanþágan tekur til. Sá þáttur slíks samstarfs sem lýtur að nauðsynlegri jöfnun á framlegð í tilefni af verkaskiptingu af því er framleiðslu einstakra mjólkurafurða varðar fellur því augljóslega þar undir.*“

Samstarf keppinauta um atriði sem tilgreind eru í 71. gr. búvörulaga er ekki andstætt samkeppnislögum. Eðli málsins samkvæmt á það hins vegar ekki við um atriði sem ekki falla undir orðalag ákvæðisins. Umrædd sala á hrámjólk fellur sem fyrr segir ekki undir 71. gr. búvörulaga. Þá var sala MS á hrámjólk á mun lægra verði til tengdra aðila (KS og Mjólku II) en til ótengdra aðila á engan hátt nauðsynleg til þess að jafna framlegð og gera verkaskiptingu mögulega.

MS heldur því fram að verðtilfærslu hafi ekki verið komið á til þess að jafna framlegð milli afurðastöðva sem kjósa að gera samkomulag um verkaskiptingu heldur til að leiðrétta skekkju í tekjum sem skapaðist við breytingu á fyrirkomulagi á ríkisstuðningi. Það hafi verið í kjölfar þess að niðurgreiðslu á verði mjólkur og mjólkurafurða í heildsölu var hætt og jafnvirði þeirra greitt beint til bænda. Þrátt fyrir það segir MS að verðtilfærsla samkvæmt 13. og 22. gr. búvörulaga hafi ekki verið útfærð eða framkvæmd til fullrar jöfnunar á framlegð.

Þessi sjónarmið MS um tilgang verðtilfærslu eru í ósamræmi við búvörulög og lögskýringagögn sem miða við að afurðastöðvum sem gera með sér samkomulag um verkaskiptingu sé þeim þá „heimilt að beita verðtilfærslu“ til þess að „jafna framlegð mismunandi framleiðslutegunda.“, sbr. kafla 3.1.4 hér að framan. Til viðbótar hefur gagnið, sem Samkeppniseftirlitinu var fyrst greint frá fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismálið, leitt í ljós að tilgangur þess að selja KS hrámjólk á hinu lága verði var að bregðast við áformum landbúnaðarráðherra um að fella alla verðtilfærslu samkvæmt búvörulögum niður. Það var hins ekki gert á rannsóknartímabili málsins, sbr. nánari umfjöllun hér á eftir.

Samkeppniseftirlitið getur því ekki fallist á að framangreind skýring MS breyti nokkru um raunverulegan tilgang verðtilfærslu sem var að bæta upp framlegð vegna skertra tekna viðkomandi vara m.a. eftir að beinum niðurgreiðslum á þeim var hætt. Auk þess var afurðastöðvum sem kjósa að gera með sér verkaskiptingu heimilt að beita verðtilfærslu til þess að jafna framlegð mismunandi framleiðslutegunda eins og fyrr segir. Verðtilfærsla var þannig ætluð til þess að bæta upp tekjur af sölu þeirra mjólkurafurða sem sem stýrt var af opinberum aðila eins og verðlagsnefnd búvöru og höfðu lága framlegð. Að öðru leyti getur framlegð mjólkurafurða verið ólík eftir framleiðslukostnaði og markaðsverði og því var verðtilfærsla ekki ætluð til þess að jafna framlegð allra mjólkurvara óháð verkaskiptingu. Eins getur verkaskipting markaðsráðandi afurðastöðva í framleiðslu á einstökum mjólkurvörum ekki falið í sér jöfnun á framlegð með því að mismuna kaupendum í verði á hrámjólk eða stjórna markaðsverði með samstarfsaðilum. Slíkar aðgerðir falla ekki undir



71. gr. búvörulaga og fela til viðbótar ekki í sér samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu (e. *competition on the merits*) og geta því farið gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Af öllu framansögðu leiðir að aðeins aðgerðir sem skýrlega falla undir 71. gr. búvörulaga geta því vikið samkeppnislögum til hliðar í þessu máli. Áður en vikið verður nánar að því er rétt að fjalla um áform landbúnaðarráðherra á árinu 2007 um að fella niður alla verðtilfærslu samkvæmt búvörulögum. Þetta hefur þýðingu í málinu sökum þess að framangreint samkomulag MS við KS frá júlí 2008 (sem fyrst var lagt fram fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála) var byggt á þeirri forsendu að þau áform myndu ganga eftir, sbr. nánari umfjöllun hér á eftir.

### 3.2 Áform landbúnaðarráðherra um að fella niður verðtilfærslu

Mikil samþjöppun varð á mjólkurmarkaði eftir að lög nr. 85/2004 felldu samrunaeftirlit samkeppnislaga úr gildi. MS varð til í núverandi mynd í upphafi árs 2007 eftir að tiltekna afurðastöðvar í mjólkuriðnaði nýttu sér undanþágu 71. gr. búvörulaga frá samrunaákvæðum samkeppnislaga. Á árunum 2005-2007 runnu saman Mjólkursamsalan í Reykjavík, Mjólkurbú Flóamanna, Mjólkursamlag Vopnafjarðar, Mjólkursamlag Ísfirðinga og Norðurmjólk. Osta- og smjörsalan varð einnig hluti af MS.

Varð MS þá að „rekstrarfélagi mjólkuriðnaðarins“. Eftir þessar grundvallarbreytingar á skipulagi mjólkuriðnaðarins hófst eðlilega umræða um áframhaldandi nauðsyn á verðtilfærslu og verðmiðlun, sbr. fund verðlagsnefndar búvöru í júní 2007.<sup>37</sup>

Samhengisins vegna er rétt að benda hér á að í búvörulögum, eins og þau voru á þessum tíma, var að finna eftirfarandi ákvæði sem tóku til verðtilfærslu og verðmiðlunar:

- Frjálsa verðtilfærslan í 3. mgr. 13. gr.
- Lögbundna verðtilfærslan í 22. gr. þar sem mælt var fyrir um að innheimt skyldi verðtilfærslugjald hjá afurðastöðvum af hverjum innvegnum mjólkurlíttra í afurðastöð innan greiðslumarks. Var tekið fram að gjaldið teldist til heildsölu- og dreifingarkostnaðar væri hann ákveðinn af verðlagsnefnd. Gjaldið greiddist út á tiltekna mjólkurafurðir við sölu innanlands eftir ákvörðun verðlagsnefndar. Var gjaldið 2,65 kr. á hvern mjólkurlíttra.
- Verðmiðlunargjald skv. 19. gr. Innheimt var 0,65 kr. af mjólkurlíttra sem lagt var inn í afurðarstöð innan greiðslumarks.<sup>38</sup>

Vegna umræddrar samþjöppunar á mjólkurmarkaði hóf landbúnaðarráðuneytið, síðar á árinu 2007, undirbúning að því að fella niður öll framangreind ákvæði í búvörulögum. Voru

<sup>37</sup> Þetta má t.d. sjá af fundargerð verðlagsnefndar búvöru vegna fundar 27. júní 2007. Undir liðnum „Kynning og umræður um breytingar á starfsemi mjólkuriðnaðarins“ er bókad: „Formaður bauð gesti velkoma til fundar en megin tilgangur hans var að fara yfir og ræða þær breytingar sem gerðar voru á starfsemi mjólkuriðnaðinum [svo] um sl. áramót, ... Kynninguna önnuðust þeir Guðlaugur Björgvinsson og Pálmi Vilhjálmsson frá MS. Eftir ítarlega kynningu svöruðu þeir fyrirspurnum. Að því búnu fóru fram almennar umræður um nefndar breytingar, verðmiðlunar- og verðtilfærslugjöld, stöðu og framtíð mjólkuriðnaðarins.“

<sup>38</sup> Tekjum af verðmiðlunargjaldi skyldi varið með eftirfarandi hætti:

- Til verðmiðlunar milli afurðastöðva til að jafna flutningskostnað frá framleiðendum að afurðastöðvum í m.a. þeim tilgangi að auðvelda hagkvæman rekstur stöðvanna.
- Til að koma á hentugari verkaskiptingu á milli afurðastöðva.
- Til að jafna aðstöðu afurðastöðvanna til að koma framleiðsluvörum sínum á markað.
- Til að styrkja sérstaklega afurðastöðvar sem voru landfræðilega einangraðar.



Þau áform kynnt fyrir verðlagsnefnd búvöru sem fjallaði um þau á fundi sínum 8. október 2007. Þar er m.a. bókað:

*„Formaður bauð fundarmenn velkomna og sagði að tilefni fundarins væri að ræða fyrirhugaðar breytingar á verðmiðlunar- og verðtilfærslugjöldum, sem þegar hafa verið kynnt fyrir aðilum á formlegum og óformlegum fundum síðari hluta sumars og í haust.*

*Pálmi Vilhjálmsson lagði fram og skýrði yfirlit vegna verðtilfærslusjóðs mjólkur fyrir árið 2006, en þar kemur m.a. fram að tekjur lögbundna sjóðsins skv. 22. gr. eru kr. 330.541.111.- en SAM sjóðsins skv. 13. gr. eru kr. 317.845.068.,- ...”*

Landbúnaðarráðherra lagði síðan fram í nóvember 2007 frumvarp til breytinga á búvörulögum þar sem lagt var til að 3. mgr. 13., 19. og 22. gr. yrðu felldar á brott. Í almennum athugasemdum við frumvarpið var meginástæðan fyrir tillögunum sögð þessi:

*„Með lögum nr. 85/2004 var búvörulögum breytt. Var tilgangur laganna m.a. sá að gera afurðastöðvum í mjólkuriðnaði kleift að mæta harðnandi samkeppni erlendis frá með sameiningu og samruna. Með stofnun nýs rekstrarfélags í mjólkuriðnaði, með þátttöku Mjólkursamsölnunnar, Auðhumlu og Kaupfélags Skagafjarðar, er talið að nást muni verulegur sparnaður sem m.a. tekur til hagræðingar í rekstri, flutningi og aðföngum. Er því ekki talin lengur nauðsyn að tryggja þann kostnað sem verðmiðlunargjaldi var ætlað að mæta með aðkomu ríkisins. ...*

*Með sömu eða svipuðum rökum er talið að ekki eigi lengur við að viðhalda þeirri nauðsynlegu hagræðingu sem komst á með verðtilfærslu 1998 þegar niðurgreiðslu á heildsöluverði mjólkur og mjólkurafurða var hætt til framleiðenda. Var með lögum nr. 69/1998 sett lögbundið verðtilfærslugjald sem ákveðið var 2,65 kr. af hverjum lítra mjólkur og notað til að lækka verð tiltekinna afurða í heildsölu. Með aukinni hagræðingu og sameiningu afurðastöðva er því ekki heldur talið nauðsynlegt lengur fyrir verðmyndun mjólkur og mjólkurafurða að stunda verðtilfærslu milli afurða í þeirri mynd sem núverandi 22. gr. laganna mælir fyrir um. ...*

*Ákvæði 3. mgr. 13. gr. búvörulaga kom nýtt inn í lagabálkinn við setningu breytingalaga nr. 85/2004. Efnislega viku ákvæðið til hliðar vissum ákvæðum samkeppnislaga og heimilar afurðastöðvum í mjólkuriðnaði að hagræða í sínum rekstri, m.a. með verðtilfærslum, sem kunna að fara í bága við samkeppnislög. Í greinargerð með frumvarpi sem varð að lögum nr. 85/2004 var vikið að helstu röksemdum þess að lögleiða þyrfti þessar undantekningar.*

*Er þar m.a. rakið að mikill fjárhagsvandi hafi einkennt flest svið landbúnaðar á undanförunum árum og að vandinn sé að miklu leyti til kominn vegna óhagstæðra rekstrareininga sem og lögbundinnar skyldu afurðastöðva og mjólkuriðnaðarins til þess að jafna landsbundinn aðstöðumun einstakra afurðastöðva og fjarlægð frá stærstu mörkuðum landbúnaðarvara.*



*Var því talið nauðsynlegt þar til markaðurinn yrði talinn þroskaður í þeim skilningi, að verðmiðlun og verðtilfærsla afurðastöðva í mjólkuriðnaði yrði undanskilin gildissviði samkeppnislaga. Frá setningu breytingalaganna hefur átt sér stað mikil hagræðing og er staða iðnaðarins í dag talin það stöðug að óþarft sé lengur að lögbinda undantekningu um verðtilfærslu og verðmiðlun frá samkeppnislögum."*

Við fyrstu umræðu benti landbúnaðarráðherra m.a. á að haft hefði verið samráð við verðlagsnefnd búvöru og hagsmunaaðilar í henni sammála um efni frumvarpsins:

*„... þess var mjög gætt af minni hálfu að reyna að hafa sem best samráð og samstarf við verðlagsnefndina, og í þessari nefnd eiga sæti fulltrúar neytenda, þ.e. Alþýðusambands Íslands og BSRB, virðulegi forseti, Bændasamtökin og afurðastöðvarnar. Þessir aðilar eru sammála um að þetta fyrirkomulag sem við höfum viðhaft sé úrelt, það þjóni ekki tilgangi, það sé skaðlegt, þjóni ekki þeim tilgangi sem ætlað var í upphafi og menn eru sammála því að leggja þetta fyrirkomulag af. Þetta er það sem þetta frumvarp leiðir til, það er með öðrum orðum verið að hverfa frá óþarfri og skaðlegri millifærslu og verðtilfærslu sem þjónar hvorki bændum né afurðastöðvunum og er ekki til hagsbóta fyrir neytendur og þess vegna er ekki tilefni til þess að viðhalda þessu. Þær viðtökur sem mér finnst málið almennt hafa fengið eru til marks um að það er verið að reyna að þjóna hérna almennum hagsmunum og það er greinilegt að þeir fara saman.“<sup>39</sup>*

Frumvarpið varð ekki að lögum en ljóst er að málið var enn til meðferðar á Alþingi í mars 2009, sbr. fundargerð verðlagsnefndar búvöru vegna fundar 17. mars 2009.<sup>40</sup> Það var hins vegar ekki fyrr en í árslok 2013 sem verðmiðlunargjaldið og lögbundna verðtilfærslan var felld niður, sbr. lög nr. 140/2013.

Í ljós framangreinds var það fyllilega rökrétt að „Framlegðar- og verkaskiptasamkomulag“ MS og KS, dags. 15. júlí 2008, hafi byggt á þeirri forsendu að öll verðtilfærsla skv. búvörulögum yrði felld niður. Með tilliti til þess er í þeim samningi mælt fyrir um aðra aðferð en verðtilfærslu til að bæta upp meint framlegðartap KS vegna samstarfsins við MS, sbr. nánar hér á eftir.

#### *Um sjónarmið MS*

MS heldur því fram að verðtilfærsla og verðmiðlun séu annars eðlis en jöfnun framlegðar sem óhjákvæmilegt sé að eigi sér stað samhliða samkomulagi um verkaskiptingu eða öðru samstarfi á grundvelli 71. gr. laganna. Því til stuðnings telji MS það nægja að vísa til þess að ákvæði 19. og 22. gr. búvörulaga um verðmiðlun og verðtilfærslu hafi verið felld úr gildi en ákvæði 71. gr. laganna ekki. MS mótmælir því að verðtilfærsla og verðmiðlun hafi með einhverjum hætti verið tengd heimild 71. gr. búvörulaga til samkomulags um verkaskiptingu eða annars samstarfs. Því til stuðnings vísar MS til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2014 um að nefndin hafi talið að jöfnun á framlegð með þeim hætti sem samkomulag aðila gerði ráð fyrir að geti rúmast innan 71. gr. búvörulaga.

<sup>39</sup> 135. löggjafarþing — 26. fundur, 15. nóv. 2007. Ræða hefst 19:49.

<sup>40</sup> Þar er rætt um frumvarpið og vísað til þess að það sé til umfjöllunar í sjávarútvegs- og landbúnaðarnefnd Alþingis.



Samkeppniseftirlitið bendir á að í 71. gr. búvörulaga er ekkert kveðið á um að afurðastöðvar skuli jafna framlegð sín á milli ef þær eiga með sér samstarf heldur einungis það að verkaskiptingunni skuli hafa þann tilgang að lækka kostnað. Það stenst því ekki að óhjákvæmilegt sé að jafna þurfi framlegð samhliða verkaskiptingu eða öðru samstarfi á grundvelli 71. gr. búvörulaga líkt og MS heldur fram heldur á hagræðið að koma fram í lækkun kostnaðar. Auk þess var engin þörf á því að bæta upp meint framlegðartap KS vegna verkaskiptingar við MS þar sem hagræði KS af verkaskiptingunni var verulegt, sbr. nánar hér síðar. MS getur heldur ekki réttlætt þá háttsemi sem viðhöfð var í þessu máli við að bæta upp meint framlegðartap KS vegna verkaskiptingar við MS í ljósi þess að 19. og 22. gr. búvörulaga hafi nú verið aflagðar eins og félagið orðar það. Samkeppniseftirlitið bendir á að þrátt fyrir að til hafi staðið að fella framangreind ákvæði búvörulaga úr gildi þegar verkaskiptasamkomulag MS og KS var gert í júlí 2008 þá voru þau ekki felld úr gildi fyrr en í árslok 2013. Á öllu rannsóknartímabili þessa máls voru umrædd ákvæði í fullu gildi og þjónuðu tilgangi sínum sem var að jafna flutningskostnað á hrá mjólk frá framleiðendum að afurðastöðvum og bæta upp verðlagningu þeirra mjólkurafurða sem lutu verðlagsákvörðun verðlagsnefndar búvara og þ.a.l. framlegð þeirra.

Þá getur MS ekki máli sínu til stuðnings vísað í úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2014 á þann veg að nefndin telji að jöfnun á framlegð rúmist innan 71. gr. búvörulaga enda fólst engin efnisleg niðurstaða í þessu máli í úrskurðinum, sbr. nánar hér á eftir.

**3.3 Nánar um skýringar MS á verðlagningu á hrá mjólk og fyrirmæli um nýja rannsókn**  
Við meðferð málsins fyrir Samkeppniseftirlitinu var MS beðið um að útskýra þann mun sem var á verði fyrirtækisins á hrá mjólk til annars vegar tengdra og hins vegar ótengdra aðila. Skýringar bárust með bréfum MS frá 7. janúar 2013 og 13. febrúar 2013. Skýringar bárust með bréfum MS frá 7. janúar 2013 og 13. febrúar 2013. Þar kom fram að verðlagning MS á hrá mjólk til tengdra aðila á verði til bænda (kostnaðargrunni) væri undir kostnaði þar sem hún tæki ekki mið af ýmsum aukakostnaði. Einnig var sagt að verðlagningin milli tengdra aðila væri hluti af því samstarfi sem 71. gr. búvörulaga heimili afurðastöðvum og var samstarfið útskýrt.<sup>41</sup> Það var einnig gert í athugasemdum MS við fyrra andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins og til viðbótar byggt á því að þetta fyrirkomulag styddist einnig við heimild í 3. mgr. 13. gr. búvörulaga, þ.e. að sala á hrá mjólk á lágu verði til KS og Mjólkur II væri verðtilfærsla samkvæmt þessu ákvæði búvörulaga.

Í athugasemdum MS við greinargerð Samkeppniseftirlitsins, í máli áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 5/2014, var hins vegar sagt að 3. mgr. 13. gr. búvörulaga um verðtilfærslu ætti ekki við í málinu. Í úrskurði nefndarinnar segir m.a. um þetta að MS byggi ekki á því að umrætt ákvæði búvörulaga skipti hér máli. Hefur MS og staðhæft að þegar félagið ræddi um verðtilfærslu samkvæmt búvörulögum hafi verið um að ræða „ónákvæmni í orðalagi“ og MS hefði átt við „verðmætatilfærslu til framlegðarjöfnunar viðkomandi fyrirtækja, sem ekki er það sama og verðtilfærsla í skilningi 3. mgr. 13. gr. búvörulaga“, sbr. bréf MS frá 28. janúar 2015.

---

<sup>41</sup> Áður hefur verið fjallað um sjónarmið MS sem tengjast verðlagningu verðlagsnefndar búvöru.





Samkeppniseftirlitið leggur því til grundvallar að MS hafi nú slegið því föstu að heimild til þeirra aðgerða sem mál þetta tekur til verði ekki sótt til 3. mgr. 13. gr. búvörlaga.

Fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála lagði MS í fyrsta sinn fram framangreint „*Framlegðar- og verkaskiptasamkomulag*“ við KS, dags. 15. júlí 2008 (hér eftir nefnt; samkomulagið frá júlí 2008). MS lagði ekki fram þetta skjal, né vísaði til þess, þegar félagið var beðið um útskýringar eða þegar það tjáði sig fyrir Samkeppniseftirlitinu. Fyrir áfrýjunarnefnd komu ekki fram „*haldbærar skýringar á því hjá áfrýjanda hvers vegna bæði samningurinn hafi ekki verið lagður fram við meðferð málsins hjá Samkeppniseftirlitinu né grundvallargögn um efndir hans og uppgjör ...*“.

MS hélt því fram fyrir áfrýjunarnefnd að samkomulagið frá júlí 2008 sýndi að „*verðlagning kæranda á hrámjólk til KS og síðar Mjólk II eftir samruna hennar við KS í árslok 2009 var á umræddu tímabili órjúfanlegur þáttur í samstarfi aðila á grundvelli 71. gr. búvörlaga.*“ Á bls. 7 í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála er þetta haft eftir MS:

*„Gögn málsins sýni glögglega að heildsöluverð þeirra vara sem áfrýjandi framleiði sé nokkuð meiri en framlegð þeirra vara sem KS og Mjólk II framleiði. Til þess að samstarfið væri raunhæft og verkaskiptingin hagfelld báðum, hafi aðilar orðið ásáttir um að skipta hinni auknu framlegð sem yrði hjá áfrýjanda.“<sup>42</sup>*

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála segir á bls. 16:

*„Hins vegar byggði áfrýjandi á því að ekki væri unnt að bera söluverð ógerilsneyddu mjólkurinnar til Mjólk I saman við söluverðið til KS og Mjólk II. Ástæður þess væru að áfrýjandi og KS hefðu gert með sér samning í júlí árið 2008 þar sem kveðið hefði verið á um ýmsar aðgerðir, m.a. verkaskiptingu á framleiðslu mjólkurafurða. Samningurinn hefði falið í sér að KS hætti að framleiða tilteknar vörur og því hefði þurft að bæta það tekju- og framlegðartap sem af þeirri heimilu verkaskiptingu hlaut. Tapið hefði meðal annars verið bætt með því að selja KS 3,5 milljón lítra af mjólk á verði sem einungis nam frumhráefnisverði, þ.e. því verði sem áfrýjandi greiddi bændum á grundvelli ákvarðana verðlagsnefndar búvara.“*

Á bls. 18 í úrskurðinum segir:

*„Af þessu dregur Samkeppniseftirlitið þá ályktun að verðið til Mjólk I hafi verið of hátt. Á hinn bóginn hefur áfrýjandi hér fyrir nefndinni miðað málflutning sinn við það að eina ástæðan fyrir hinu mismunandi verði til þessara aðila hafi verið*

<sup>42</sup> Á bls. 35-36 í kæru er einnig staðhæft að í verkaskiptingunni skv. samkomulaginu frá júlí 2008 hafi falist að KS hætti framleiða framlegðarháar vörur og sú framleiðsla hafi flust til MS: „*Öll framleiðsla ferskværa í samstarfinu var þannig flutt til kæranda, en framlegð af ferskvöru er almennt hærri en framlegð af t.a.m. ostum og viðbiti. Þetta má m.a. glögg sjá á neðangreindum myndum, sem sýna breytingu á heildsöluverði (án vsk.) helstu mjólkurvara samkvæmt ákvörðun verðlagsnefndar búvöru frá upphafi árs 2003 til september 2014 ... Af fyrrgreindu sögðu, sýnir heildsöluverð þessara mismunandi mjólkurvara glögglega að framlegð þeirra vara sem kærandi framleiðir er nokkuð meiri en framlegð þeirra vara sem KS og Mjólk II framleiða.*“ (Undirstrikun Samkeppniseftirlitið). Á bls. 44 í kæru segir: „*Kærandi á í nánu samstarfi við KS og Mjólk II. Samkvæmt samkomulagi aðila fá KS og Mjólk II hlutdeild í framlegð kæranda vegna sölu á ferskvöru, enda hafa KS og Mjólk tekið á sig framlegðartap vegna verkaskiptingar aðila*“



eins konar uppgjör til að jafna framlegðartap sem átti sér stað á grundvelli samnings Kaupfélags Skagfirðinga og áfrýjanda og þeirri verkaskiptingu sem þar er gert ráð fyrir."

Í úrskurðinum segir á bls. 20:

*„Í málflytningi fyrir nefndinni fullyrti áfrýjandi að engar ástæður aðrar væru fyrir hinu lægra verði til KS og aðila þeim tengdum á brotatímabilinu, en tengst hefðu nettun eða uppgjöri framlegðartapsins með nokkurs konar skuldajöfnun á milli kaupfélagsins og áfrýjanda.“ (Undirstrikun SE)*

Fyrir Samkeppniseftirlitinu hélt MS því fram, án nokkurs fyrirvara, að í verkaskiptingu félagsins og KS felist að KS sé „nú nánast eingöngu að framleiða ost með tiltölulega lágrí framlegð. Ferskvöruframleiðsla sem áður var hjá Kaupfélags (svo) Skagfirðinga svf. fluttist til Mjólkursamsölunnar ehf.“, sbr. bréf MS frá 7. janúar 2013.

Samkvæmt þessu þarf í málinu að svara því hvort sala MS á hrámjólk á lægra verði til KS en til keppinauta hafi verið órjúfanlegur eða nauðsynlegur hluti af þeirri verkaskiptingu sem 71. gr. búvörulaga heimilar og fjallað er um í samkomulaginu frá júlí 2008. Er í því samhengi lykilatriði að kanna hvort umrædd verðlagning hafi verið réttmæt aðferð til þess að bæta KS það framlegðartap sem sagt er leitt af verkaskiptingunni, þ.e. sökum þess að framleiðsla á framlegðarháum vörum hafi flust frá KS til MS og KS í kjölfarið framleitt framlegðarlágar vörur. Verður vikið að þessu síðar.

Jafnframt þarf að kanna hvort salan á hinu lága verði til Mjólku II, sem ekki var aðili að samkomulaginu frá júlí 2008, hafi verið órjúfanlegur eða nauðsynlegur hluti af aðgerðum sem umrætt ákvæði búvörulaga heimilar.

Er framangreint liður í því að kanna hvort MS hafi í þessu máli á grundvelli 71. gr. búvörulaga stuðst við „skýra og ótvíræða“ undanþágu frá samkeppnislögum, sbr. til hliðsjónar úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 7/2009.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2014 er eftirfarandi beint til Samkeppniseftirlitsins:

*„Verður því ekki komist hjá því að ógilda hinn kærða úrskurð Samkeppniseftirlitsins og leggja fyrir eftirlitið að taka á ný afstöðu til málsins að undangenginni frekari rannsókn og að fengnum sjónarmiðum er varða þýðingu samningsins á milli áfrýjanda og KS frá 15. júlí 2008, uppgjöri á milli aðila hans og efnudum á því tímabili sem meint brotastarfsemi stóð yfir. Einnig skiptir hér máli hvaða þýðingu það hafi að aðilar tengdir KS, sem þó voru ekki aðilar að umræddum samningi KS og áfrýjanda frá 2008, nutu góðs af hinu lægra verði.“*

#### **4. Aðdragandi samkomulagsins frá júlí 2008**



Hér á eftir verða teknar saman upplýsingar úr gögnum frá MS, KS og Mjólk II sem bárust Samkeppniseftirlitinu m.a. í janúar 2015. Áhersla er lögð á að skýra nánar aðdraganda að samkomulaginu frá júlí 2008 og hvernig það var framkvæmt á rannsóknartímabilinu. Það er gert m.a. með því að fjalla um samninga sem MS og KS hafa gert sín á milli, bæði fyrir og eftir framangreint samkomulag frá júlí 2008, í því skyni að fá fram heildstæðri lýsingu á því hvernig viðskiptasambandi þeirra var háttað á rannsóknartímabilinu. Gögn sem aflað var frá SAM hafa hér einnig þýðingu.

#### 4.1 Stefnumarkandi samkomulag á milli MS svf. og KS frá 14. júní 2005

Eins og fyrr segir tók MS til starfa í upphafi árs 2007. Í aðdraganda þess höfðu átt sér stað samrunar milli forvera MS. Þannig m.a. sameinuðust Mjólkursamsalan í Reykjavík og Mjólkurbú Flóamanna á árinu 2005 í eitt félag undir nafninu MS svf.

Þessi forveri MS gerði „stefnumarkandi samkomulag“ við KS í júní 2005 um hagræðingu í mjólkuriðnaði. Í því er fjallað m.a. um verkaskiptingu sem felst m.a. í flutningum verkefna frá KS. Hagrætt verði hjá Osta- og smjörslunni (OSS) með flutningi verkefna til MS svf. og KS. KS nýti forkaupsrétt sinn á hlut í Norðurmjólk og selji hann áfram til MS svf.

Í samkomulaginu segir nánar tiltekið:

*„1. Nýmjólkurpökkun á Sauðárkróki og framleiðsla og pökkun á súrmjólk verði tekin til endurskoðunar og flutt ef það er talið hagkvæmt. Ef samkomulag yrði um slíka hagræðingu kemur á móti auknið mjólkurmagn, 1 – 1,5 milljónir lítra [af hrámjólk], af samlagssvæði MS/MBF til ostagerðar á Sauðárkróki.*

*2. MS/MBF tryggir MKS Sauðárkróki aðgang að sölu- og dreifikerfi sínu á sama hátt og um eigin vörur væri að ræða. ....*

*3. Gegnum verðtilfærsluna eru aðilar sammála um að tryggja rekstrargrundvöll ostavinnslubúanna til jafnræðis við blönduð vinnslubú. ...”*

Í þessu stefnumarkandi samkomulagi var þannig fyrst samið um mögulegan tilflutning í framleiðslu einstakra mjólkurafurða á milli forvera MS og KS. Fólst í þessu aukin ostaframleiðsla KS og að ferskvöruframleiðsla félagsins yrði flutt til MS. Þessu var síðan slegið föstu í samkomulaginu frá júlí 2008, sbr. nánar hér á eftir.

Ljóst er að aðilar samkomulagsins frá 2005 töldu að sú verkaskipting sem fælist í því hefði áhrif á framlegð og afkomu þeirra. Samkvæmt 3. tl. samningsins er verðtilfærsla samkvæmt búvörulögum notuð til að bregðast við þessu og jafna framlegð. Er þetta sú aðferðafræði sem búvörulög leggja til grundvallar, sbr. umfjöllun hér að framan.

MS heldur því aftur á móti fram að sú jöfnun í gegnum verðtilfærsluna hafi ekki verið fullnægjandi þar sem verkaskiptingin hafi þá ekki verið útfærð. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að búvörulög veiti afurðastöðvum í mjólkuriðnaði skjól til þess að útfæra og framkvæma framlegðarjöfnun sem að þeirra mati telst fullnægjandi án tillits til samkeppnislaga. Í 71. gr. búvörulaga er einungis tekið fram að afurðastöðvar hafi heimild til þess að eiga í samstarfi um verkaskiptingu til þess að draga úr kostnaði. Það felst ekki í því að markaðsráðandi fyrirtæki sem á í afmörkuðu samstarfi við tengda aðila geti með



almennum hætti beitt sértækum viðskiptakjörum á nauðsynlegu hráefni til samstarfsaðila til þess að jafna framlegð óháð þeirri verkaskiptingu sem um ræðir og þar af leiðandi raskað samkeppni gagnvart minni keppinautum á markaði.

Til viðbótar verðtilfærslu búvörulaga var önnur aðferð einnig notuð til þess að bæta upp meint framlegðartap KS vegna samstarfsins við MS. Hin nýja aðferð var útfærð í samkomulaginu frá júlí 2008 þar sem á þeim tíma var talið að ákvæði búvörulaga um verðtilfærslu yrðu felld úr gildi, sbr. umfjöllun hér að framan og hér á eftir. Því voru tvær aðferðir notaðar til þess að bæta upp verðlagningu verðlagsnefndar á þeim mjólkurafurðum sem nefndin verðlagði og þ.a.l. framlegð MS og KS af framleiðslu og sölu þeirra mjólkurafurða sem samstarfið náði til. Það var í fyrsta lagi með verðtilfærslu búvörulaga og í öðru lagi þeirri aðferð sem útfærð var í samkomulaginu frá júlí 2008. Það sem skilur á milli þessara aðferða er að sú framkvæmd sem byggði á samkomulaginu var að jafna rekstrarafkomu MS og KS með ívilnandi viðskiptakjörum á hráefni og mjólkurafurðum í innbyrðis viðskiptum óháð hinni eiginlegri verkaskiptingu. Af þeirri ástæðu er ekki hægt að sækja heimild til 71. gr. búvörulaga um að verkaskipting MS og KS í samkomulaginu hafi fylgt óhjákvæmileg jöfnun framlegðar vegna verkaskiptingarinnar líkt og MS heldur fram. Auk þess segir ekkert í 71. gr. búvörulaga um það að verkaskiptingu fylgi jöfnun framlegðar heldur á hún einungis að réttlæta lækkun kostnaðar sem komi samstarfaðilum til góða. Þá voru heldur engin rök fyrir því að bæta þyrfti KS upp framlegaðartap vegna samstarfsins við MS þar sem hagræði KS af samstarfinu, og þ.a.l. framlegð, var mun meira en hjá MS, sbr. nánar hér síðar.

#### 4.2 Hluthafasamningur Auðhumla, MS svf. og KS, dags. 28. nóvember 2006

Þau félög sem stóðu saman að stofnun MS (Auðhumla, MS svf. og KS) gerðu með sér hluthafasamning í nóvember 2006. Í honum kemur fram að KS verði rekið í nánú samstarfi við MS og undirgengst KS að fylgja framleiðslustýringu og framleiðsluskipulagningu MS samkvæmt nánara samkomulagi. Þá skuldbindi KS sig til þess að selja allar afurðir sínar í gegnum MS á sama hátt og MS skuldbindi sig til að kaupa allar afurðir KS. Þá segir í hluthafasamkomulaginu m.a.:

*„Mjólkursamlag KS mun greiða sama verð fyrir mjólk og Félagið [MS]) og mun leitast við að hafa sem allra líkast viðmót gagnvart framleiðendum [bændum] og Félagið (eins og um eitt félag sé að ræða).“*

Samkvæmt þessu komu MS og KS sér saman um að eiga ekki í samkeppni um mjólkurhráefni frá bændum og greiða sama verð til þeirra. Með því var að engu gert að mjólkurbændur í viðskiptum við félagin gætu notið samkeppni að þessu leyti og fengið hærra verð fyrir afurðir sínar en lágmarksverð verðlagsnefndar búvöru. Er þetta í andstöðu við markmið breytinganna á búvörulögum sem fjallað er um í kafla 3.1 hér að framan.

Í hluthafasamningnum kom fram að MS og KS skyldu gera samkomulag um framleiðslustjórnun og framlegðarskipti fyrir 31. desember 2006 en sú fyrirætlan stóðst ekki. Það samkomulag var ekki gert fyrr en einu og hálfu ári síðar, sbr. samkomulagið frá júlí 2008. Í júlí 2008 var einnig gerður hluthafasamningur milli eigenda MS.



#### 4.3 Hluthafasamningur milli Auðhumlu og KS, dags. 15. júlí 2008.

Í hluthafasamningi Auðhumlu og KS, dags. 15. júlí 2008, komu félögin sér saman um eignarhald og rekstur á MS. Kemur þessi samningur í stað þess sem gerður var 28. nóvember 2006.

Fram kemur í 4. gr. hluthafasamningsins að MS hafi tekið yfir alla starfsemi OSS. Í því ákvæði segir einnig að KS samþykki að undirgangast framleiðslustýringu og framleiðsluskipulagningu MS samkvæmt nánara samkomulagi, þar sem skilgreint er hvernig framleiðslustjórnun og framlegðarjöfnun verði háttað milli félaganna. Það samkomulag var undirritað sama dag.

Samkvæmt 4. gr. hluthafasamningsins skuldbatt KS sig til að selja allar afurðir sínar í gegnum MS á sama hátt og MS skuldbatt sig til að kaupa allar afurðir KS. Segir einnig að viðbótar flutningskostnaður (umfram það sem bændur greiða) vegna mjólkursöfnunar verði jafnaður út á milli félagsmanna. Eigendur MS muni koma sér saman um samræmdan stuðning varðandi kaup á greiðslumarki mjólkur.

Með sama hætti og í hluthafasamningnum frá 2006 er að finna ákvæði þar sem komið er í veg fyrir að samkeppni milli KS og Auðhumlu/MS um kaup á mjólk geti gagnast bændum. Segir þannig í 12. gr. að KS skuli greiða sama verð fyrir mjólk frá bændum og MS og hafi sem allra líkast viðmót gagnvart þeim og MS, „*eins og um eitt félag sé að ræða*“.

MS mótmælir því að framangreint ákvæði (og samskonar ákvæði í hluthafasamningnum frá nóvember 2006) hafi farið gegn markmiðum búvörlaga. Um hafi verið að ræða samstarf sem búvörlög heimili. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á það. Hvergi kemur fram í 71. gr. búvörlaga að afurðastöðvar geti haft með sér samráð um innkaupsverð á þeirri hrá mjólk sem keypt er af bændum. Með samvinnu af þessum toga var sem fyrr segir gert að engu að mjólkurbændur í viðskiptum við félögin gætu notið samkeppni að þessu leyti og fengið hærra verð fyrir afurðir sínar en lágmarksverð verðlagsnefndar búvöru.

## 5. **Samkomulagið frá júlí 2008**

Hið svonefnda „*Framlegðar- og verkaskiptasamkomulag*“ var undirritað 15. júlí 2008 af forstjóra MS og kaupfélagsstjóra KS (samkomulagið frá júlí 2008). MS upplýsti Samkeppniseftirlitið ekki um tilvist þessa samkomulags en það barst áfrýjunarnefnd samkeppnismála með kæru MS, dags. 20. október 2014.

Samkomulagið fjallar í aðalatriðum um tilflutning framleiðslu á sex mjólkurvörum frá KS (5 ferskvörur og súrmjólk) til MS og viðskiptakjör á hrá mjólk og fullunnum mjólkurafurðum í heildsöluviðskiptum milli samningsaðila.

Áður en framangreint samkomulag var gert framleiddi KS ýmsar tegundir mjólkurvara og seldi í sumum tilvikum undir eigin merki. Framleiddi KS þá bæði framlegðarháar og framlegðarlágar vörur. Gögn málsins sýna að í kjölfar samkomulagsins færðist framleiðsla KS meira yfir í framlegðarháar mjólkurvörur, sbr. nánari umfjöllun hér á eftir. Er mikilvægt að hafa þetta í huga því MS hefur ítrekað haldið hinu gagnstæða fram, sbr. umfjöllun hér að framan. Þannig hélt MS því m.a. fram fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála að



samkomulagið hefði falið í sér „að KS hætti að framleiða tiltekna vörur og því hefði þurft að bæta það tekju- og framlegðartap sem af þeirri heimilu verkaskiptingu hlaut. Tapið hefði meðal annars verið bætt með því að selja KS 3,5 milljón lítra af mjólk á verði sem einungis nam frumhráefnisverði ...“ Þá byggði sú ráðstöfun samkomulagsins að selja KS hrámjók á hinu lægra verði m.a. á því að öll verðtilfærsla og verðmiðlun yrði felld niður. Það gekk ekki eftir og var heildarumfang verðtilfærslu og verðmiðlunar verulegt á rannsóknartímabilinu.

Í athugasemdum sínum frá 12. janúar 2016 byggir MS enn á því að af samkomulaginu frá júlí 2008 hafi leitt að KS hafi farið að framleiða framlegðarlágar vörur og þurft hafi að bæta KS upp tap sem af því leiddi. Heldur MS því fram að mat Samkeppniseftirlitsins byggist á „stórkostlegum misskilningi“ og það standist „ekki nokkra skoðun að halda því fram að þær vörur sem kom í hlut KS að framleiða samkvæmt samkomulaginu hafi verið framlegðarháar. Þvert á móti kom í hlut MS að framleiða framlegðarhæstu vörurnar ...“ Segir MS einnig að það sé með „ólíkindum að SE telji að MS hafi látið sér koma til hugar, að halda ekki aðeins fram hreinum ósannindum, heldur byggja málflutning sinn á þeim að stærstum hluta.“

Eins og fyrr segir hefur rannsókn Samkeppniseftirlitsins leitt í ljós að KS fór að framleiða í ríkara mæli framlegðarlágar vörur í kjölfar verkaskiptingarinnar. Skýringar MS á því að fyrirtækið hafi selt KS (og Mjólk II) hrámjók á lægra verði en Mjólk I og Mjólkurbúinu standast því ekki. Þá ber að hafa í huga að umfjöllun MS um þetta atriði í athugasemdum félagsins frá 12. janúar 2016 er í ósamræmi við það sem fram kemur í bréfi fyrirtækisins til Samkeppniseftirlitsins, dags. 14. mars 2014 (bls. 34), þar sem segir að KS hafi hætt framleiðslu á ferskvöru með lága framlegð en aukið framleiðslu á vörum með háa framlegð:

*„Líkt og áður hefur verið rakið í kafla 3.1.1 má verkaskiptingu MS, KS og Mjólk II að stofni til rekja til stofnunar MS. KS hætti þá allri framleiðslu og sölu á ferskvörum, þ.e.a.s. vörum með lága framlegð.<sup>43</sup> KS jók hins vegar framleiðslu á vörum með háa framlegð, svo sem eins og á viðbiti (smjör og smjörva), ostum (Ostur 26% og Ostur 17% og Mozzarellaostakútur) og rífastagerð.“ (Undirstrikun SE)*

Verður nú nánar vikið að þessum atriðum.

### 5.1 Nánar um efni samkomulagsins

Í 1. gr. samkomulagsins frá júlí 2008 segir:

*„Markmið þessa samkomulags er að fastsetja helstu forsendur í samstarfi samningsaðila um:*

- A) Verkaskiptingu í framleiðslu mjólkurvara*
- B) Framlegðarskipti framleiddra mjólkurvara m.t.t. verkaskiptingu í mjólkurvinnslu og sölu hráefnis og fullunnina vara milli MS ehf. og KS sem lið í framlegðar- og verkaskiptingu*
- C) Aðrar forsendur eins og verðlagsmál og breytingar á sjóðakerfi mjólkurvara skv. breytingum á lögum nr. 99/1993.“*

<sup>43</sup> Vörur eins og: Nýmjók, léttmjók, undanrenna, rjómi, skyr, súrmjók, ávaxtasúrmjók.



Þá segir í 1. gr. eftirfarandi:

*„Svo unnt verði að koma á frekari verkaskiptingu í mjólkuriðnaði, og ná nauðsynlegri lækkun á vinnslu- og dreifingarkostnað mjólkurvara, skulu samningsforsendur stuðla að jöfnun framlegðar milli mjólkurvara. Þetta skal gert í þeim tilgangi að þeir lögaðilar sem standa að eignarhaldi og rekstri MS ehf., hafi sambærilega rekstrarafkomu við vinnslu mjólkur, óháð þeirri verkaskiptingu afurðastöðva eins og hún kann að verða ákveðin hverju sinni með hagsmuni greinarinnar í heild sinni að leiðarljósi“ (Undirstrikun Samkeppniseftirlitsins)*

Framangreind áform um að jafna rekstrarafkomu þeirra lögaðila sem standa að eignarhaldi MS óháð verkaskiptingu afurðastöðva er ekki í samræmi við þær heimildir sem finna má í 3. mgr. 13. gr. og 71. gr. búvörulaga. Þess í stað er lagt til að jafna framlegð þeirra afurðastöðva sem standa að eignarhaldi MS óháð því hvernig verkaskipting er hverju sinni. Það bendir strax til þess að sú mismunun sem hér er til rannsóknað eigi sér ekki forsendur í verkaskiptingu vegna framleiðslu mjólkurvara með ólíka framlegð eins og MS hefur haldið fram í þessu máli. Þess í stað hefur framkvæmd samningsins verið í anda þess sem framar segir þar sem afkoma er jöfnuð milli MS og KS í sama hlutfalli og eignarhald eigenda MS, sbr. nánar umfjöllun hér síðar.

Í A hluta samkomulagsins er fjallað nánar um breytingar á framleiðsluskipulagi og verkaskiptingu. Samkvæmt því var framleiðsla og þökkun á ferskvörum og súrmjólk hætt hjá KS. Nánar tiltekið var áformað að KS hætti framleiðslu á nýmjólk, léttmjólk, undanrennu, rjóma, mysu og súrmjólk (bæði með og án íblöndunar), sbr. tl. A-2.1 og 2.2. MS átti að taka við framleiðslu þessara vara fyrir framleiðslu- og þjónustusvæði KS.

Hins vegar var gert ráð fyrir að framleiðsla osta yrði aukin hjá KS, sbr. tl. A-2.3 og 2.4. Þannig var t.d. tækjabúnaður til framleiðslu á rifnum osti sem OSS hafði áður notað fluttur til KS á Sauðárkróki. A hluti samkomulagsins var þannig í samræmi við „*stefnumarkandi samkomulagið*“ frá 14. júní 2005.

Í stefnumarkandi samkomulaginu frá 2005 var, eins og fyrr segir, við það miðað að verðtilfærsla skv. búvörulögum yrði notuð til að jafna framlegð í kjölfar verkaskiptingar MS og KS. Þegar samkomulagið frá júlí 2008 var gert var hins vegar fram komið frumvarp landbúnaðarráðherra þar sem lagt var til að öll verðtilfærsla og verðmiðlun yrði aflögð. Við þessu var brugðist í B hluta samkomulagsins.

Í B hluta samkomulagsins er þannig kveðið á um „*FRAMLEGÐARSKIPTI MJÓLKURVARA*“. Þar kemur fram að MS og KS séu sammála um að framlegðarskipti verði framkvæmd milli fyrirtækjanna á grunni mjólkurvara og hráefnis. Síðan segir:

#### **„FORSENDUR**

**VERÐTILFÆRSLA MJÓLKURVARA:**



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

[

]⁴⁴

**MAGN HRÁMJÓLKUR FRÁ MS TIL KS OG VERÐLAGNING ÞESS:**

- c) Til að mæta framlegðartapi KS (samsvarandi framlegðaraukningu MS) vegna breytinga í verkaskiptingu og verðtilfærslu svo og sem lið í framlegðarútfjöfnun, skal framkvæma eftirfarandi:
1. MS ehf. skal selja KS sem nemur allt að 3,5 millj. lt. af mjólk á ársgrunni.
  2. Verðlagning mjólkurinnar skal taka mið af skráðu lágmarksverði Verðlagsnefndar búvöru fyrir meðalmjólk (afurðastöðvaverð). Ofan á skráð lágmarksverð skulu bætast lítratengd sjóðagjöld (Lögbundin verðtilfærsla og Verðmiðlunarsjóðsgjald meðan lagaskylda er til staðar). Ekki skal leggja fast álag ofan á framangreint verð mjólkurinnar eins og tíðkast hefur skv. ákvörðun SAM. Á sama hátt skal verðleggja hráundanrennu og hrárjóma í viðskiptum aðila, ef til þeirra kemur.
  3. Kostnaður af flutningi hráefnis milli aðila (viðbótarkostnaður umfram söfnunarkostnað mjólkur) skal skiptast jafnt milli aðila (50/50). Kostnaður skal reiknast skv. samtals eignum km. í hverjum mánuði með hráefni milli aðila."

---

⁴⁴ Trúnaðarmál.





Þá er í samkomulaginu kveðið á um gagnkvæma sölubóknun (hér eftir umboðslaun) fullunninna mjólkurvara í viðskiptum á milli samningsaðila, sbr. d og e-liði 2. gr. Þau viðskipti fólu í sér einkasölurétt með fullunnar mjólkurvörur MS og KS til þriðja aðila á aðgreindu landsvæði hvors annars og fyrir það fengust greidd umboðslaun eða veittur afsláttur eftir því hvor átti í hlut (hvort tveggja hér eftir nefnd umboðslaun), sbr. d og e lið samningsins hér á eftir. Auk umboðslauna voru síðan veitt almenn afsláttarkjör til þriðja aðila en bæði þessi kjör voru reiknuð af heildsöluverði viðkomandi mjólkurvara, sbr. nánar hér síðar. Eins og fram kemur í B hluta samningsins áttu gagnkvæm umboðslaun í viðskiptum með fullunnar vörur að koma til viðbótar framangreindum kjörum í viðskiptum með hrámjólk í þeim tilgangi að jafna framlegðartap í verkaskiptingu aðila vegna framleiðslu á lágframlegðarvörum, sbr. eftirfarandi:

*„d) Af skráðu heildsöluverði mjólkurvara skal innheimta [ ]<sup>45</sup> í sölubóknun í viðskiptum milli aðila. Þannig skal MS ehf. halda eftir [ ]<sup>46</sup> af heildsöluverði fullunninna mjólkurvara sem MS ehf. tekur til þökkunar og/eða sölumeðferðar (ostar og viðbit). Þessi viðmiðun skal endurskoðuð m.t.t. virðisauka og kostnaðar við þökkun, í upphafi árs 2009, þegar fyrirhugað er að hefja framleiðslu á rifnum osti á Sauðárkróki.*

*e) Af þeim mjólkurvörum sem KS kaupir til sölu og dreifingar af MS ehf. fyrir þjónustusvæði sitt, skal KS, á sama hátt, halda eftir [ ]<sup>47</sup> af skráðu heildsöluverði hverju sinni.“*

Í 3. gr. segir að í samkomulaginu felist „gagnkvæm skuldbinding samningsaðila á sölu framleiðsluvara hvors annars.“ Þannig skuldbindi KS sig til að selja allar framleiðsluvörur sínar í gegnum sölukerfi MS og á sama hátt skuldbindi MS sig til að kaupa allar framleiðsluvörur KS samkvæmt þeirri verkaskiptingu sem framkvæmd er hverju sinni. Með framangreindri gagnkvæmri skyldu um sölu á framleiðsluvörum MS og KS og umboðslaun sem henni fylgir hafa bæði félögin sameiginlegra hagsmuna að gæta í samkeppni við ótengda minni keppnauta á markaði.

Í 4. gr. kemur fram að fjárhagslegt uppgjör viðskipta með hráefni og fullunnar vörur, milli MS og KS skuli fara fram fyrir 10. hvers mánaðar fyrir viðskipti fyrra mánaðar. Í 5. gr. segir að samkomulagið „og forsendur framlegðarútreikninga, skal endurskoðað 1. janúar ár hvert.“ Fyrsta endurskoðun, skv. samningi þessum, skyldi því fara fram 1. janúar 2009. Þó gat annar hvor eða báðir samningsaðilar óskað eftir endurskoðun ákvæða samningsins fram að þeim tíma. Einnig kemur fram að verði breytingar á búvörulögum sem snerta verðlagningu, sjóðagjöld eða aðra efnisþætti laganna sem snert geta afkomu MS og KS skuli einstök efnisatriði samkomulagsins tekin til endurskoðunar. Þá er tekið fram að samkomulagið sé ekki uppsegjanlegt „enda er það hluti af hluthafasamkomulagi aðila frá 15. júlí 2008.“

Tilgangur samkomulagsins var að viðhafa framlegðarskipti milli MS og KS á grunni mjólkurvara og hráefnis. Að mati Samkeppniseftirlitsins getur í slíku falist eða verið hluti af verkaskiptingu sem miðar að hagræðingu í framleiðslu-, geymslu- og dreifingarferlum

<sup>45</sup> Trúnaðarmál.

<sup>46</sup> Trúnaðarmál.

<sup>47</sup> Trúnaðarmál.



og verið að því leyti samrýmanlegt ákvæði 71. gr. búvörulaga. Með sama hætti getur verið eðlilegt að aðilar hafi með sér viðskipti um tiltekið magn, í þessu tilviki sölu MS á hrámjólk til KS, til framleiðslu mjólkurafurða hjá KS. Öðru máli gegnir um verðlagningu á þessari mjólk.

Er því að mati Samkeppniseftirlitsins gagnlegt að leggja mat á helstu forsendur og efnisatriði í samkomulaginu og útfærslu þess. Augljóst er að helstu áhrifin af fyrirhugaðri verkaskiptingu sem samkomulagið fjallar um eru rakin og metin í staflíð b í kaflanum „*VERÐTILFÆRSLA MJÓLKURVARA*“. Til mótvægis er síðan ákvæði um selt mjólkurmagn til KS og verðlagning þeirrar hrámjólkur. Í staflíð b er dregið fram að áhrifin af verkaskiptingunni muni verða framlegðartap hjá KS. Gögn málsins sýna að það varð ekki raunin. Ljóst er, þrátt fyrir staðhæfingar MS um annað, að verkaskiptingin leiðir til þess að framleiðsla á framlegðarlágum afurðum færist frá KS til MS og að KS muni einbeita sér að framleiðslu á framlegðarháum afurðum. Þetta gekk eftir. Það gefur því auga leið að ekki var þörf á því að MS þyrfti að veita tengdum aðilum, KS (og síðar Mjólk II sem auk þess var ekki aðili samningsins), lægra verð í viðskiptum með hrámjólk til að bæta upp framlegð þeirra. Þó svo að verðtilfærslur hafi haldið áfram, sem samkomulagið gerði ekki ráð fyrir en varð þó raunin, þá breytir það ekki málinu. Það sýndi sig, sbr. hér síðar, að KS greiddi umtalsverðar upphæðir í verðtilfærslur eftir gildistöku samkomulagsins. Því verður að mati Samkeppniseftirlitsins ekki sagt að verðlagning MS á hrámjólk til KS sé forsenda fyrir verkaskiptingunni og eigi sér stoð í 71. gr. búvörulaga. Sú grein fjallar í eðli sínu um að heimila 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 eftirlitsins getur sú háttsemi MS að mismuna keppinautum KS og Mjólk II, þegar kemur að verðlagningu fyrir hrámjólk, ekki stuðst við 71. gr. Það ákvæði heimilar ekki markaðsráðandi fyrirtæki að verðleggja innbyrðis viðskipti sín með efnisleg aðföng til framleiðslunnar til tengdra aðila með öðrum hætti en til ótengdra aðila. Getur slík háttsemi farið gegn 11. gr. samkeppnislaga nema málaefnalegar ástæður réttlæti hana. Rök fyrir slíku hafa ekki verið færð fram í þessu máli, sbr. nánari umfjöllun hér á eftir. Þá ber þess að geta að hvers konar verðtilfærsla skv. öðrum ákvæðum búvörulaga eða framlegðarskipti, sem m.a. eru stillt af með innbyrðis verðlagningu milli aðila, rúmast ekki innan ákvæðis 71. gr. búvörulaga. Umrædd grein tekur aðeins til hagræðingar við framleiðslu, geymslu og dreifingu en getur ekki tekið til mögulegra áhrifa sem t.d. afnám slíkra verðtilfærslna eða framlegðarskipti geta haft á starfsemi aðila. Sjónarmið MS frá 12. janúar 2016 geta ekki breytt þessu, sbr. umfjöllun hér á eftir.

#### *Um sjónarmið MS*

MS mótmælir því að framkvæmd samkomulagsins frá júlí 2008 hafi verið fólgin í því að jafna afkomu félaganna í sama hlutfalli og eignarhald eigenda MS. Þess í stað hafi samkomulagið miðað að því að tryggja að framlegð aðila breytist ekki eftir því hvaða vörur þeir taki að sér að framleiða á grundvelli samkomulagsins. Ef það væri ekki gert væri ekki hægt að ná fram hámarkshagkvæmni ef aðilar tækju samhliða mið af eigin framlegð en þá næði markmið 71. gr. búvörulaga ekki fram að ganga. MS mótmælir því að sú mismunun sem hér er til rannsóknar eigi sér ekki forsendur í verkaskiptingu vegna framleiðslu mjólkurvara með ólíka framlegð og að hlutfall eignarhalds eigenda MS hafi eitthvað með jöfnun framlegðar að gera.



MS mótmælir því einnig að samkomulagið frá júlí 2008 hafi ekki leitt til framlegðartaps hjá KS og að MS hafi tekið við framleiðslu á framlegðarlágum vörum en KS framlegðarháum mjólkurvörum. Hvor tveggja sé rangt að mati MS og bendir á að KS hafi hætt framleiðslu og þökkun á nýmjólk, léttmjólk, undanrennu, rjóma, mysu og súrmjólk (bæði með og án íblöndunar) og hafi sú framleiðsla og þökkun alfarið verið flutt til MS. KS hafi hins vegar haldið áfram framleiðslu fastra osta og viðbits úr þeirri mjólkurfitu sem til hafi fallið við ostagerð. Þessu til stuðnings sýnir MS á mynd framlegð árin 2008 og 2013 viðkomandi mjólkurvara þar sem nýmjólk og léttmjólk hafi 21%-23% framlegð, undanrenna 27%-30%, rjómi 65%-70%, súrmjólk 37%-54%, mysa 85%-87%, smjör 29%-30% og ostur (17% og 26%) 26%-32%. Því telji MS að félagið hafi tekið við framleiðslu á framlegaðarhæstu vörum af KS, þ.e. rjóma, súrmjólk og mysu.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á framangreind sjónarmið MS.

Vegna fullyrðingu MS um að KS hafi hætt framleiðslu á framlegðarháum mjólkurvörum eins og rjóma, súrmjólk og mysu þá óskaði Samkeppniseftirlitið eftir viðbótarupplýsinga hjá KS með tölvupósti þann 25. febrúar 2016 þar sem tilgreindar yrðu tekjur af eigin framleiðsluvörum fyrirtækisins frá 2007 til 2013. Var það gert til þess að ganga úr skugga um réttmæti upplýsinga sem Samkeppniseftirlitið hafði áður aflað.

Umbeðnar upplýsingar frá KS bárust með tölvupósti þann 15. og 16. mars 2016. Samkeppniseftirlitið upplýsti MS um framangreindar viðbótarupplýsingar með tölvupósti þann 17. mars 2016 og gaf félaginu kost á tjá sig um þær en engar athugasemdir bárust frá MS. Samkeppniseftirlitið óskaði einnig með tölvupósti til Mjólkú II eftir því að félagið tilgreindi þær vörur sem framleiddar voru af félaginu á tímabilinu frá árinu 2010 til ársins 2013, þ.e. tímabilið eftir að félagið var komið í eigu KS. Í svari Mjólkú II kom fram að framleiðsluvörur félagsins á umræddu tímabili hafi verið rjómi, sýrður rjómi, rjómaostur, súrmjólk, jógúrt, fetaostur, skyr, skyrdesertar og kryddsmjör.

Í eftirfarandi töflu 1 má sjá tekjur KS af sölu á eigin framleiðsluvörum til aðila á heildsölu- og smásölustigi, þ.e. til MS, Mjólkú og annarra vinnsluaðila á heildsölustigi ásamt sölu til verslana og veitingastaða og annarra aðila á smásölustigi. Eins og sjá má í töflunni gekk sá tilflutningur í framleiðslu mjólkurvara sem gert var ráð fyrir í samkomulaginu frá júlí 2008 ekki eftir enda framleiddi KS og síðar Mjólkú II í eigu KS áfram rjóma og súrmjólk eftir gerð samkomulagsins og gott betur þar sem sala KS á rjóma rúmlega fimmfaldaðist frá 2008 til ársins 2013. Einnig má sjá að framleiðsla og sala KS á mysu var engin frá árinu 2007 til ársins 2012, þ.e. fyrir og eftir samkomulagið frá júlí 2008, og því var framlegðartap félagsins af þeirri vöru ekkert vegna samkomulagsins.

Af framangreindu má sjá að það er ekki rétt sem MS heldur fram að KS hafi hætt framleiðslu á mysu og rjóma í kjölfar verkaskiptasamkomulags við KS eins og tiltekið er í samkomulaginu. Hið rétta er að KS framleiddi og seldi ekki mysu fyrir samkomulagið og þurfti því ekki að hætta framleiðslu á henni vegna þess. Auk þess hélt KS áfram að framleiða og selja rjóma þrátt fyrir samkomulagið, sbr. nánar hér á eftir. Einnig er ekki rétt að KS hafi orðið af framlegð vegna samkomulagsins frá júlí 2008 vegna framleiðslu á súrmjólk þar sem Mjólkú II tók við þeirri framleiðslu af KS. Þess í stað var framleiðsla á mjólk, léttmjólk og undanrennu sem eru mjólkurvörur með lága framlegð færð til MS. Auk



Þess að framleiða og selja rjóma og aðrar framlegðarháar mjólkurvörur var hagræði KS af verkaskiptingu við MS verulegt. Það fólst m.a. í ívilnandi viðskiptakjörum fyrir hrámjólk og kostnaðarhagræði af því að halda úti vinnslulínum fyrir þökkun á ferskvörum, birgðahaldi og rýrnun þeirra.

Auk þess framleiddi MS fyrir KS mozzarellaost á Egilstöðum og seldi og flutti hann til KS í Skagafirði þar sem KS reif hann niður og seldi sem rifost auk þess að kaupa aðra ferskvöru með lága framlegð eins og nýmjólk með verulegum afslætti af MS til sölu á sínu landsvæði. Því voru ekki forsendur til þess að MS þyrfti að selja KS og Mjólk II hrámjólk á mun lægra verði en til keppinauta nema til þess eins að koma í veg fyrir samkeppni frá öðrum ótengdum aðilum á mjólkurvörumarkaði.

**Tafla 1. Sala KS á eigin framleiðsluvörum 2007-2013, fjárhæðir í þús. kr. án vsk.<sup>48</sup>**

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Mjólk	[ ]	[ ]	[ ]				
Léttmjólk	[ ]	[ ]	[ ]				
Undanrenna	[ ]	[ ]	[ ]				
Súrmjólk	[ ]	[ ]	[ ]				
Ostamysa							[ ]
Rjómi	[ ]	[ ]		[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Mozzarella (Ferskur)	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Mozzarella (Fastur)	[ ]	[ ]	[ ]				
Rifinn ostur	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Tindur 1/1						[ ]	[ ]
Jarl skorpuostur						[ ]	[ ]
Ostur í blokkum	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Bræddur ostur	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Gouda 17%	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Gouda 26%		[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Munster 30%	[ ]						
Maribo	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Sveitabiti 17%	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Sveitabiti 26%	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Smjör	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Smjörvi	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Gotti ostur	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Góðostur	[ ]	[ ]					
Hrámjólk			[ ]				[ ]
<b>Heildarsala á eigin framleiðsluvörum</b>	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]

<sup>48</sup> Fjárhæðir í töflu eru trúnaðarmál.



Framangreint sýnir því skýrlega að það sem MS nefnir „stærsta hluta síns málflutnings“ (þ.e. að í samhengi leyfilegrar verkaskiptingar hafi þurft að bæta KS upp framlegðartap með því að selja félaginu hrámjólk á framleiðendaverði) byggir á röngum staðhæfingum MS um staðreyndir málsins. Auk þess má sjá að tekjur KS af sölu á eigin framleiðsluvörum rúmlega fjórfaldast frá árinu 2007 til ársins 2013. Það bendir ekki til þess að með því að framleiða eingöngu osta í stað ferskvara myndu heildsölutekjur KS minnka eins og forsendur verkaskiptasamkomulagsins við MS frá því í júlí 2008 gerði ráð fyrir.

Til viðbótar er rétt að taka fram að Samkeppniseftirlitið gaf Mjólkurbúinu kost á því að veita umsögn um andmælaskjal eftirlitsins frá 22. október 2015.

Í umsögn Mjólkurbúsins er tekið undir það sem fram kemur í framangreindu andmælaskjali að það sé rangt að verkaskipting KS og MS frá 2008 hafi verið fólgin í því að KS hafi látið af framleiðslu mjólkurafurða með háa framlegð í skiptum fyrir mjólkurvörur með lægra framlegð. Um framgreint segir í umsögn Mjólkurbúsins:

*„Ein meinlegasta villan sem kemur fram í málflutningi MS og KS er sú fullyrðing að KS hafi látið af hendi vörur með hárrí framlegð í skiptum fyrir vörur með lágrí framlegð frá MS. Slíkt er fjarri sanni því þökkun og dreifing KS á sýrðum mjólkurvörum, mjólk og annarri dagvöru, sem ber takmarkaða framlegð, var með óverulega sölu, dreifingu og umsetningu. Jafnframt eru umbúðir mjög dýrar fyrir svo lítið markaðssvæði sem Skagafjörður er. Þessar vörur höfðu jafnframt litla eða enga sölu utan markaðssvæði KS og því óhagkvæmar. Mikil fjárbinding í birgðum fylgir þessari framleiðslu vegna svokallaðra tetra-umbúða þ.e. forprentaðar fernur sem þarf að kaupa í miklu upplagi og liggja með á sérstökum lagerum svo umbúðirnar haldist óskemmdar, sérstakt hita- og rakastig. KS hefur því haft verulegan ávinning af því að minnka umstang vegna þessarar framleiðslu, minnka fjárbindingu vegna birgða og losna við óhagræðið af framleiðslu á mörgum vörutegundum sem seljast í litlu magni. Einnig má skoða þetta út frá söluþróun almennt á jógúrt og súrmjólk en sala á þessum vörum hefur dregist nokkuð saman á meðan próteinríkari og feitari vörur hafa sótt á. Líftími á þessum vörum er einnig mun styttri en á osti og því er rýrnun í þessum vörum mun meiri en rifnum osti sem er að jafnaði mjög lítil. Þessari framleiðslu fylgdi því meiri fjárbinding í birgðum, sérhæft lagerhúsnæði, meiri rýrnun og óhagkvæmar framleiðslu lotur.“*

Samkeppniseftirlitið gaf MS kost á því að gera athugasemdir við umsögn Mjólkurbúsins og bárust þær með bréfi, dags. 27. maí 2016. Í athugasemdum MS kemur fram að félagið mótmælir með heildstæðum hætti því sem fram kemur í umsögn Mjólkurbúsins og vísar til þess sem fram hefur komið á fyrri stigum málsins. MS setur hins vegar ekki fram efnisleg rök um það sem fram kemur í umsögn Mjólkurbúsins um lága framlegð ferskvara sem færðust frá KS til MS og hagræði KS af verkaskiptingu sinni við MS.

## **6. Forsenda samkomulagsins bregst**

Eins og lýst hefur verið er í samkomulaginu frá 2008 fjallað m.a. um áhrif breytinga á framleiðsluskiptum sem fólst annars vegar í því að framleiðsla á mjólk, undanrennu, rjóma,



mysu og súrmjólk yrði hætt hjá KS og hún flutt til MS og hins vegar að framleiðsla osta yrði aukin hjá KS.

Forsenda fyrir framlegðarskiptum samkvæmt samkomulaginu var að verðtilfærsla mjólkurvara yrði aflögð, bæði lögbundin tilfærsla skv. 22. gr. búvörulaga og verðtilfærsla SAM sem framkvæmd hefur verið skv. heimildarákvæði 1. mgr. 13. gr. búvörulaga. Byggðist þessi forsenda á skýrum fyrirætlunum landbúnaðarráðherra. Þegar samkomulagið var gert hafði landbúnaðarráðherra þannig ráðfært sig við verðlagsnefnd búvöru og mjólkuriðnaðinn og mælt fyrir frumvarpi um afnám verðtilfærslu og verðmiðlunar, sbr. umfjöllun hér að framan.

#### 6.1 Verðtilfærsla ekki aflögð

Áður nefnd áform ráðherra (og forsenda samkomulagsins frá júlí 2008) gengu ekki eftir á rannsóknartímabili málsins sem var frá árinu 2008 til ársins 2013 (bæði árin meðtalin). Hins vegar var lagt fram frumvarp í lok árs 2013 þar sem settar voru fram tillögur um að fella á brott 19. og 22. gr. en þó ekki 3. mgr. 13. gr. um frjálsum verðtilfærsluna.<sup>49</sup> Var frumvarpið samþykkt með lögum nr. 140/2013 og að með „þessu mun opinber stuðningur við landbúnað samkvæmt fjárlögum lækka samtals um tæpar 383 millj. kr.“, sbr. frumvarpið sem varð að lögnum.

Þrátt fyrir að annað hafi verið lagt til grundvallar í samkomulaginu frá júlí 2008 var til staðar á öllu rannsóknartímabilinu kerfi skv. búvörulögum til að jafna út framlegð frá vörutegundum með háa framlegð til tegunda með lága framlegð.

Í samkomulaginu frá júlí 2008 var (þrátt fyrir áform um niðurfellingu verðtilfærslu) gert ráð fyrir að fyrst um sinn yrði verðtilfærslan skv. búvörulögum óbreytt. Það myndi þýða að vegna breyttrar verkaskiptingar í framleiðslu myndi KS greiða meira til verðtilfærslu en áður (vegna þess að með samkomulaginu hafði KS aukið framleiðslu á framlegðarháum vörum). Eins og fram kemur í samkomulaginu var breytingin í framleiðslu KS talin hafa þau áhrif að í stað þess að KS fengi [ ]<sup>50</sup> milljónir kr. í tekjur vegna verðtilfærslu árlega þá þyrfti félagið að greiða [ ]<sup>51</sup> milljón kr. í verðtilfærslu. Breytingin var því metin sem [ ]<sup>52</sup> milljóna kr. framlegðartap hjá KS vegna breytingu á greiðslum í verðtilfærslu en að sama skapi jafnhá framlegðaraukning fyrir MS. Við að framleiða eingöngu ost í stað ferskvara var talið að heildsölutekjur KS myndu minnka um [ ]<sup>53</sup> milljónir kr. til viðbótar. Samtals átti þetta að nema [ ]<sup>54</sup> milljóna kr. tapi fyrir KS. Auk þess var talið að heildsölutekjur KS

<sup>49</sup> Í athugasemdum við frumvarpið segir m.a. eftirfarandi um tilgang þess að leggja gjöldin niður: „Tilgangurinn með þeim breytingum sem lagðar eru til á lögum nr. 99/1993, um framleiðslu, verðlagningu og sölu á búvörum, er að leggja niður óþarft fyrirkomulag verðmiðlunar- og verðtilfærslukerfis í landbúnaði og um leið gera verðlagningu gagnsærri. Ætla má að með þessu verði skilyrði fyrir samkeppni einnig bætt og afurðastöðvum í mjólkuriðnaði betur gert kleift að takast á við samkeppni erlendis frá. Með þessu mun opinber stuðningur við landbúnað samkvæmt fjárlögum lækka samtals um tæpar 383 millj. kr.

Samkvæmt 19. gr. búvörulaga er lagt á verðmiðlunargjald, 0,65 kr. á hvern lítra af mjólk sem lögð er inn í afurðastöð innan greiðslumarks, en sú upphæð gerir rúmar 75 millj. kr. á þessu ári.

Lagt er til í frumvarpinu að 19. gr. búvörulaga um álagningu verðmiðlunargjalds verði felld brott. Breytingunni er ætlað að færa form og ábyrgð rekstrar til afurðastöðvanna. Sú breyting sem hefur orðið á rekstrarumhverfi fyrirtækja í mjólkuriðnaði á undanförunum árum gerir þetta verðmiðlunarkerfi óþarft. Lagt er til að verðtilfærslugjald skv. 22. gr. búvörulaga verði afnumið og form og ábyrgð rekstrar færast til afurðastöðvanna.“

<sup>50</sup> Trúnaðarmál.

<sup>51</sup> Trúnaðarmál.

<sup>52</sup> Trúnaðarmál.

<sup>53</sup> Trúnaðarmál.

<sup>54</sup> Trúnaðarmál.



myndu minnka um [ ]<sup>55</sup> milljónir kr. með tilflutningi framleiðslu en á móti kæmi [ ]<sup>56</sup> milljóna kr. lægri kostnaður fyrir KS.

Hrein áhrif voru talin nema [ ]<sup>57</sup> milljónum kr. minni heildarframlegð hjá KS. Þá var talið að leiðréttu þyrfti fyrir [ ]<sup>58</sup> milljónum kr. til viðbótar vegna skiptingar á framlegð vegna verkaskiptingar á markaði eins og það er orðað í samkomulaginu. Að mati Samkeppniseftirlitsins er þó óljóst um hvaða viðbót hér er að ræða umfram það sem þegar hefur verið getið hér að framan. Í athugasemdum sínum frá 12. janúar 2016 telur MS það hins vegar augljóst af orðalagi samkomulagsins og segir að sú viðbót sé til að mæta beinu framlegðartapi KS og samsvarandi framlegðaraukningu MS vegna verkaskiptingar. Þrátt fyrir þessa skýringu MS er Samkeppniseftirlitið engu nær um þá viðbót sem að framan er getið enda sýna gögnin ótvírætt að það varð framlegðar- og tekjuaukning hjá KS en ekki tap.

Sökum þessa voru gerðar þær ráðstafanir sem koma fram í framangreindum c. lið B-hluta samkomulagsins. Hér ber að áréttta að þessar ráðstafanir voru gerðar vegna þess að af samkomulaginu frá júlí 2008 leiddi að framleiðsla KS á vörum með lága framlegð fluttist til MS og KS einbeitti sér að framleiðslu á vörum með háa framlegð. Hafði þetta áhrif á tekjur og gjöld fyrirtækjanna vegna verðtilfærslu á grundvelli búvörulaga og voru ráðstafanir vegna samkomulagsins m.a. vegna þessa.

Eins og fjallað er um hér framar er afurðastöðvum í mjólkuriðnaði heimilt að gera samninga sín á milli um verðtilfærslu milli tiltekinnna afurða. Leggja skal slíka samninga fyrir verðlagsnefnd til upplýsingar eins og segir í 3. mgr. 13. gr. búvörulaga. Samkeppniseftirlitið óskaði í framangreindu bréfi til MS, dags. 19. desember 2014, og KS, dags. 5. janúar 2015, upplýsinga hjá MS og KS hvort samkomulagið frá júlí 2008 hefði verið sent verðlagsnefnd búvara til upplýsinga enda byggja forsendur samningsins að hluta á verðtilfærslu mjólkurvara. Í svari MS segir:

*„Líkt og fram kom í málflutningi MS fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála var umrætt samkomulag ekki lagt fyrir verðlagsnefnd búvara til upplýsinga enda ekki um að ræða samning þeirrar gerðar sem leggja skal fyrir nefndina samkvæmt 3. mgr. 13. gr. búvörulaga.“*

Eins og fyrr segir virðist sem MS hafi nú slegið því föstu að heimild til þeirra aðgerða sem mál þetta tekur til verði ekki sótt til 3. mgr. 13. gr. búvörulaga, sbr. kafli 3.7 hér að framan.

KS virðist hins vegar ekki byggja á því að umræddar ráðstafanir hafi ekki fallið undir 3. mgr. 13. gr. búvörulaga heldur kveðst félagið ekki geta upplýst af hverju samkomulagið frá júlí 2008 hafi ekki verið tilkynnt verðlagsnefnd. Í svari KS segir þannig:

*„Samkvæmt 2. mgr. 13. gr. laga um framleiðslu, verðlagningu og sölu á búvörum nr. 99/1993 skal leggja samninga um verðtilfærslu á milli tiltekinnna afurða fyrir verðlagsnefnd til upplýsingar. Samkomulag MS og KS frá 15. júlí*

---

<sup>55</sup> Trúnaðarmál.

<sup>56</sup> Trúnaðarmál.

<sup>57</sup> Trúnaðarmál.

<sup>58</sup> Trúnaðarmál.



*2008 var ekki lagt fyrir verðlagsnefndin (svo) til upplýsingar. Engin gögn liggja fyrir hjá KS um ástæður þess að það var ekki gert. Liggja engin viðurlög við því að það sé ekki gert. Er það ekki skilyrði fyrir því að samningur falli utan gildissviðs samkeppnislaga að hann sé lagður fyrir verðlagsnefnd til upplýsinga."*

Samkvæmt þessu virðast MS og KS hafa gert samkomulag um sína eigin verðtilfærslu án þess að hafa upplýst verðlagsnefnd búvara um það eins og skylt er samkvæmt búvörulögum. Í athugasemdum sínum frá 12. janúar 2016 mótmælir MS þessu en eins og nánar verður rökstutt getur Samkeppniseftirlitið ekki fallist á sjónarmið MS að þessu leyti.

## 6.2 Verðtilfærsla á rannsóknartímabilinu

Fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála fjallaði MS um áhrif þess að framangreind forsenda samkomulagsins frá júlí 2008 gekk ekki eftir. Samantekið má segja að þær athugasemdir MS hafi miðað að því að sýna fram á að hin lögbundna verðtilfærsla og frjálsa verðtilfærsla SAM hafi því sem næst orðið að engu á rannsóknartímabilinu. Ekki hafi því haft sérstaka þýðingu þótt verðtilfærslan hafi ekki verið felld niður á rannsóknartímabilinu.

Í greinargerð Samkeppniseftirlitsins fyrir áfrýjunarnefnd var hins vegar sýnt fram á að verðtilfærsla og verðmiðlun samkvæmt búvörulögum nam verulegum fjármunum á rannsóknartímabilinu. Samtals var umfang þessa um 2,4 milljarðar kr. (reiknaðar greiðslur) á umræddu sex ára tímabili 2008 til 2013. Þar af voru endurgreiddar 480 milljónir kr. til þeirra sem greiddu verðmiðlunargjald að beiðni MS og tengdra aðila. Til viðbótar þessu nam verðtilfærsla SAM um 1,8 milljörðum kr. á sama tíma. Var þessum upplýsingum ekki mótmælt af MS fyrir áfrýjunarnefnd.

Fyrirhuguð endalok þessara fjármagnsflutninga lágu til grundvallar samkomulaginu frá júlí 2008. Miðað við forsendur samkomulagsins voru í raun í gildi tvö verðtilfærslukerfi á rannsóknartímabilinu:

- Annars vegar kerfið sem búið var til vegna þess að fella átti niður opinbera kerfið og
- hins vegar opinbera kerfið sem hætt var við að fella niður.

Unnu MS og KS því eftir samkomulagi þar sem verðlagning á hrámjólk byggði á þeirri brostnu grunnforsendu að öll verðtilfærsla félli niður. Af framangreindu er ljóst að MS og KS unnu eftir báðum kerfum þ.e. bæði hinu opinbera verðtilfærslukerfi og sínu eigin heimatilbúna kerfi sem verðlagsnefnd búvöru var aldrei greint frá.

Til að varpa frekara ljósi á framangreint óskaði Samkeppniseftirlitið eftir gögnum um framkvæmd á verðtilfærslu skv. búvörulögum á rannsóknartímabilinu.

Samkeppniseftirlitinu bárust gögn frá SAM með bréfi, dags. 23. janúar 2013. Í bréfi SAM er þess getið að skv. 13. gr. búvörulaga sé afurðastöðvum í mjólkuriðnaði heimilt að gera samninga sín á milli um verðtilfærslu milli tiltekinnna afurða. Um framangreinda verðtilfærslu segir eftirfarandi í bréfi SAM:





*„Samkvæmt ákvæði laganna skal upplýsa verðlagsnefnd búvara um slíka samninga. Verðlagsnefnd tekur því ekki sjálfstæða ákvörðun um útfærslu og framkvæmd verðtilfærslu SAM skv. 13. gr. laganna. Verðlagsnefnd búvara hefur ætíð verið upplýst um tilvist, framkvæmd og einingarverðverðskrá (svo) verðtilfærslu SAM eins og hún hefur verið hverju sinni, og engar breytingar verið gerðar á þeirri verðskrá án upplýsinga til verðlagsnefndar búvöru. Á það skal bent að sama verðskrá verðtilfærslu SAM hefur verið í gildi frá júlí 2005.“*

Samhengisins vegna er hér rétt að hafa í huga að verðlagsnefnd búvara ákveður heildsöluverð á mjög fáum tegundum mjólkurvara eða nánar tiltekið nýmjólk og nýmjólkurdufti, undanrennu og undanrennudufti, rjóma, skyri, 1. flokks smjöri og osti (30% og 45%).<sup>59</sup> Eru aðeins tæplega 6% vörutegunda á heildsöluverðlista MS verðlagðar af verðlagsnefnd búvöru.<sup>60</sup>

Þar sem verðlagsnefnd búvara setur viðkomandi mjólkurafurðum hámarksverð er afurðastöðvum settar skorður í verðlagningu þeirra og bera þær því almennt lága framlegð samanborið við aðrar mjólkurvörur („frjásar“ vörur) sem verðlagðar eru í samræmi við framboð og eftirspurn. Samkvæmt samkomulaginu frá júlí 2008 færðist framleiðsla á framlegðarlágum vörum frá KS til MS (eins og nýmjólk, léttmjólk og undanrenna sem háðar voru verðlagsákvæðum um hámarksverð verðlagsnefndar búvöru) en þess í stað sérhæfði KS sig í því að framleiða þær mjólkurvörur sem bera háa framlegð (þ.e. „frjásar vörur“ eins og ýmsar tegundir af rifosti, osta í blokkum og ýmsa sérosta). Þetta endurspeglast í umfangsmiklum greiðslum til MS úr verðtilfærslusjóðum þar sem bæta þurfti upp afurðaverð félagsins vegna framleiðslu á mjólkurvörum sem báru lága framlegð.

Hér ber að áréttu að framangreint stangast á við yfirlýsingar MS um að samkomulagið frá júlí 2008 hafi orðið til þess að KS framleiddi meira af mjólkurvörum sem bæru lága framlegð og þess vegna þyrfti að selja félaginu hrámjólk á lágmarksverði til bænda. Hér má og líta til þess sem segir í framangreindu bréfi SAM til Samkeppniseftirlitsins:

*„Verðtilfærslu í mjólkuriðnaði, í núverandi mynd, var komið á í kjölfar breytinga á formi ríkisstuðnings við mjólkurframleiðslu, 1. janúar 1993. Þá var horfið frá vörutengdum niðurgreiðslum á ákveðnar mjólkurvörur yfir í beingreiðslur til framleiðenda, en við það var ríkisstuðningi beint jafnt á allar mjólkurvörur í gegnum mjólkurhráfnið sem barst til afurðastöðva. Þar með varð stuðningurinn óháður því til hvaða framleiðsluflokka mjólkin fer. Við að hverfa frá vörutengdum niðurgreiðslum eftir magni í sölu afurða innanlands og yfir í beingreiðslur, hefðu - án aðgerða - afkomuforsendur þeirra lögaðila sem störfuðu í mjólkuriðnaði á þeim tíma, raskast verulega. Þær hefðu orðið á þann veg að rekstrarforsendur hefðu ýmist brostið algerlega eða að einstaka aðilar hefðu hagnast umtalsvert við breytingarnar. Megin ástæðan lá í mismikilli framlegð vöruflokka mjólkurvara þar sem verðból þeirra var og er mismunandi*

<sup>59</sup> Sjá auglýsingu frá 1. október 2013 sem birt er á heimasíðu atvinnuvegaráðuneytisins.

<sup>60</sup> Þetta sést með því að bera saman fjölda mjólkurafurða í heildsöluverðlista MS frá 1. október 2013 og auglýsingu um heildsöluverðlagningu verðlagsnefndar búvara á mjólkurvörum frá sama degi. Á heildsöluverðlista MS eru 378 mjólkurafurðir verðlagðar. Af þeim eru 22 vörutegundir verðlagðar af verðlagsnefnd búvara. Verðlagsnefnd verðleggur því aðeins 5,8% vörutegunda í verðlista MS sem þó eru vörur sem hafa töluvert vægi hvað varðar magn af heildarneyslu mjólkurafurða.



og oft ekki í beinu samhengi við raunkostnað framleiðslu m.t.t. hráefnisnotkunar og vinnslukostnaðar. Til að bregðast við þessu var um tvær leiðir að ræða, annars vegar að breyta heildsöluverðum í takt við breytingu á ráðstöfun ríkisstuðningssins eða að beita verðtilfærslum og halda sama verðmynstri á heildsöluverði mjólkurvara að teknu tilliti til mismunandi verðþols þeirra. Sú leið var valin og var verðtilfærslu komið á." (Undirstrikun Samkeppniseftirlitsins)

Í bréfi SAM til Samkeppniseftirlitsins var tekið saman yfirlit um verðtilfærslur sem greiddar voru milli fyrirtækja á rannsóknartímabili þessa máls. Í töflu 2 má sjá yfirlit um verðtilfærslu SAM skv. 3. mgr. 13. gr. búvörulaga. Eins og segir í ársskýrslum SAM var greitt úr sjóðnum vegna sölu á nýmjólk, skóaléttmjólk, iðnaðarrjóma, skyri, smjörva, léttviðbiti, mögrum ostum (Gouda 17%, Mozzarella og Gouda 11%), iðnaðarmjólkurdufti, undanrennufti og kálfafóðri.

**Tafla 2. Yfirlit yfir inn- og útgreiðslur úr verðtilfærslusjóði SAM skv. 13. gr. búvörulaga, fjárhæðir eru í þús. kr.**

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Samtals
Inngreiðslur frá KS	2.207	635					<b>2.843</b>
Inngreiðslur frá MS	307.555	280.967	275.831	273.568	277.442	283.783	<b>1.699.146</b>
Útgreiðslur til KS	1.560	1.374	1.202	1.251	1.041	1.175	<b>7.603</b>
Útgreiðslur til MS	313.063	287.329	284.048	282.716	273.964	278.547	<b>1.719.667</b>

Á rannsóknartímabili málsins fengu þannig bæði KS og MS greitt meira úr sjóðnum en félögin greiddu inn í hann.

Í töflu 3 má sjá yfirlit um hvernig lögbundin verðtilfærsla skv. 22. gr. búvörulaga átti að vera framkvæmd (reiknuð gjöld) samkvæmt staðfestu magni seldra vara og staðfestri verðskrá lögbundins verðtilfærslusjóðs annars vegar og hvernig raunverulegar greiddar fjárhæðir voru hins vegar. Munurinn lá í því að MS framleiddi augljóslega á tímabilinu töluvert meira af framlegðarlágum vörum en KS og var því augljóslega ekki talin þörf á því að innheimta sjóðagjöld af MS og endurgreiða síðan félaginu sömu fjárhæð til baka. Í ljósi þess að KS þurfti að bæta MS upp framleiðslu á vörum með lága framlegð þá voru reiknuð gjöld því í megin atriðum nettuð út þannig að eftir stóðu raungreiðslur, sbr. töflu 3.



**Tafla 3. Yfirlit yfir reiknaðar og framkvæmdar greiðslur í og úr lögbundnum verðtilfærslusjóði skv. 22. gr. búvörulaga, fjárhæðir eru í þús. kr.**

Reiknuð gjöld	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Samtals
Inngreiðslur frá KS	29.764	29.613	30.059	31.359	31.610	31.912	<b>184.317</b>
Inngreiðslur frá MS	282.102	283.637	267.122	279.449	272.750	281.251	<b>1.666.311</b>
Útgreiðslur til KS	1.212	343					<b>1.555</b>
Útgreiðslur til MS	334.752	359.180	348.237	339.847	244.080	189.137	<b>1.815.232</b>
<b>Raun greiðslur</b>	<b>2008</b>	<b>2009</b>	<b>2010</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>Samtals</b>
Inngreiðslur frá KS	26.255	28.555	33.751	29.695	33.626	30.729	<b>182.611</b>
Útgreiðslur til MS	22.098	22.595	30.143	31.120	27.554	29.830	<b>163.340</b>

Samkvæmt reiknuðum gjöldum má sjá í töflunni að KS hefði þurft að greiða meira inn í verðtilfærslusjóðinn skv. 22. gr. búvörulaga en félagið fengi greitt úr honum. Raunverulegar inngreiðslur frá KS til sjóðsins námu samtals tæplega 183 milljónum kr. á tímabilinu. MS greiddi hins vegar í raun ekkert inn í sjóðinn en fékk greitt úr honum rúmar 163 milljónir kr. á tímabilinu.

Þetta þýðir með öðrum orðum að KS þurfti á tímabilinu að bæta MS upp tapaða framlegð vegna framleiðslu MS á mjólkurafurðum sem bera lága framlegð en ekki öfugt eins og MS hefur ítrekað haldið fram. Málflutningur MS hefur gengið út á það að MS hafi þurft að niðurgreiða verð á hrámjólki til KS samanborið við verðlagningu til keppinanta þar sem KS hafi þurft að taka á sig framleiðslu á mjólkurvörum sem bera lága framlegð í verkaskiptingu við MS. Ljóst er samkvæmt þeim upplýsingum sem fram koma í töflu 3 og uppgjör framlegðarskipta hér síðar að þetta er ekki rétt.<sup>61</sup>

Að síðustu er teknar saman í töflu 4 inn- og útgreiðslur úr verðmiðlunarsjóði mjólkur skv. 19. gr. búvörulaga.

**Tafla 4. Yfirlit um inn- og útgreiðslur úr verðmiðlunarsjóði mjólkur skv. 19. gr. búvörulaga, fjárhæðir eru í þús. kr.**

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Samtals
Inngreiðslur frá KS	7.301	7.263	7.373	7.692	7.753	7.828	<b>45.210</b>
Inngreiðslur frá MS	69.174	69.571	65.520	68.544	66.901	68.986	<b>408.697</b>
Útgreiðslur til KS	11.562	7.263	7.373	7.704	5.427	7.545	<b>46.874</b>
Útgreiðslur til MS	92.203	69.571	65.520	67.015	46.831	65.455	<b>406.596</b>
Útgreiðsla til Auðhumlu	18.529						<b>18.529</b>

<sup>61</sup> Sjá í þessu samhengi eftirfarandi ummæli formanns verðlagsnefndar búvara um lága framlegð á drykkjarmjólk og háa framlegð osta og rjóma: „Nýmjólkin hefur verið seld með lægri framlegð á meðan að feitari vörurnar, það er osturinn og rjóminn, hafa verið seldar með hærri framlegð.“ Komu þau fram í frétt á MBL.is 11. júlí 2009.



Eins og sjá má í töflu 4 fá bæði KS og MS meira greitt úr verðmiðlunarsjóði en félögin greiða inn til hans á tímabilinu ef MS og Auðhumla eru tekin saman. Yfir heildina haldast inn- og útgreiðslur úr verðmiðlunarsjóði þó að mestu í hendur.

Í töflu 5 eru teknar saman heildar inn- og útgreiðslur úr lögbundnum verðtilfærslusjóðum skv. 19. og 22. gr. búvörulaga og verðtilfærslusjóði SAM skv. 3. mgr. 13. gr. búvörulaga.

**Tafla 5. Verðtilfærsla MS/Auðhumla og KS frá 2008 til ársins 2013, fjárhæðir í þús. kr.**

Verðtilfærsla	MS/Auðhumla	KS
Greitt inn í sjóði	-2.107.843	-230.664
Fengið greitt	2.308.132	54.477
<b>Samtals</b>	<b>200.289</b>	<b>-176.187</b>

Eins og sjá má í töflu 5 fékk MS/Auðhumla um 200 milljónum kr. meira greitt út úr verðtilfærslusjóðunum en félögin greiddu inn í sjóðina. Því var öfugt farið hjá KS sem greiddi um 176 milljónum kr. meira inn í verðtilfærslusjóðina en félagið fékk greitt úr þeim. Það var vegna þess að MS framleiddi hlutfallslega meira af framlegðarlágum mjólkurvörum en KS og fékk því verðtilfærslu frá KS til að bæta upp framlegðartapið.

### 6.3 Um sjónarmið MS og niðurstaða

MS heldur því fram að forsendur fyrir framlegðar- og verkaskiptasamkomulagi MS og KS hafi ekki brostið þó að ákvæði búvörulaga um lögbundna verðtilfærslu samkvæmt 22. gr. búvörulaga og verðtilfærslu SAM hafi ekki verið afnumin líkt og til hafi staðið. Þess í stað telji MS að hvers konar verðtilfærsla samkvæmt öðrum ákvæðum búvörulaga eða framlegðarskipti sem m.a. eru stillt af með innbyrðis verðlagningu milli aðila rúmist innan ákvæðis 71. gr. búvörulaga. MS mótmælir því að 71. gr. búvörulaga taki aðeins til hagræðingar við framleiðslu, geymslu og dreifingu en geti ekki tekið til mögulegra áhrifa sem t.d. afnám slíkra verðtilfærslna eða framlegðarskipti geti haft á starfsemina. Það sé einnig mat áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem fram komi í úrskurði í máli nr. 5/2014 um að meta þurfi hvort hráefnisverðið samsvari því tapi sem aðilar samningsins töldu eðlilegt og sanngjarnt að miða við vegna verkaskiptingar sinnar. Þessi afstaða áfrýjunarnefndar sé að mati MS til vitnis um það að verðtilfærsla samkvæmt búvörulögum hafi ekki verið sú aðferð sem nota skyldi til að jafna framlegð milli afurðastöðva sem kjósi að gera samkomulag um verkaskiptingu. Að mati MS taki 71. gr. búvörulaga ekki aðeins til hagræðingar við framleiðslu, geymslu og dreifingu heldur geti einnig tekið til mögulegra áhrifa sem t.d. afnám verðtilfærslu eða framlegðarskipti hafi á starfsemi aðila. Því telji MS það ekki skipta nokkru máli fyrir samkeppnisstöðu annarra afurðastöðva hvort að jöfnun á framlegð milli aðila sem geri með sér samkomulag um verkaskiptingu sé gerð með verðlagningu hrámjólkur í innbyrðis verðskiptum þeirra á milli.

Samkeppniseftirlitið fær ekki séð hvers vegna verðtilfærsla ætti ekki að vera sú leið sem notast skuli við til þess að jafna framlegð mismunandi mjólkurvara í samstarfi afurðastöðva á grundvelli 71. gr. búvörulaga enda var heimild til verðtilfærslu þegar til staðar í sömu lögum, sbr. nánar hér á eftir. Auk þess getur Samkeppniseftirlitið ekki fallist á það sjónarmið MS að 71. gr. búvörulaga veiti heimild til þess að taka tillit til „mögulegra



áhrifa" af afnámi verðtilfærslu eða framlegðarskiptum með innbyrðis verðlagningu í viðskiptum milli aðila án tillits til verkaskiptingar, sbr. nánar hér síðar. Ekkert er fjallað um framlegðarskipti eða verðtilfærslu í 71. gr. búvörulaga heldur einungis að verkaskipting milli mjólkursamlaga skuli gerð í þeim tilgangi að halda niðri kostnaði í framleiðslu, geymslu og dreifingu mjólkurafurða.

MS mótmælir því að breyting á verðtilfærslu í samkomulaginu bendi til að KS hafi hætt að framleiða framlegðarlágar vörur og framleiði þess í stað framlegðarháar vörur. MS bendir á að framangreind breyting á verðtilfærslu KS hafi verið vegna þess að samkvæmt forsendu samkomulagsins myndi félagið hætta að fá greidda verðtilfærslu skv. 13. og 22. gr. vegna nýmjólkur, skólanýmjólkur, smjörva, 17% gouda osts, og smjörs sem allt eru vörur með lága framlegð en á móti myndi KS hætta að greiða í verðtilfærslu samkvæmt 13. gr. vegna sölu á ávaxtasúrmjólk.

Framangreind sjónarmið MS eru ekki í samræmi við gögn málsins. Samkeppniseftirlitið telur að af framangreindri breytingu á verðtilfærslu í tengslum við samkomulagið frá júlí 2008 megi greinilega sjá að vægi framleiðslu KS færdist meira úr framlegðarlágum vörum í framlegðarháar vörur.

MS kveðst ekki geta útskýrt framangreind sjónarmið KS (sem gefa til kynna að KS hafi talið að samkomulagið frá júlí 2008 fæli í sér verðtilfærslu skv. búvörulögum). MS mótmælir því að félagið og KS hafi „gert samkomulag um sína eigin verðtilfærslu án þess að hafa upplýst verðlagsnefnd búvöru um það eins og skylt sé samkvæmt búvörulögum. Þessi staðhæfing er á sama hátt og annað úr lausu lofti gripin enda er ekki kveðið á um verðtilfærslu í umræddu samkomulagi ...“

Framangreind staðhæfing MS er í beinu ósamræmi við samkomulagið frá júlí 2008. Undirfyrirsögn B-hluta samkomulagsins er „VERÐTILFÆRSLA MJÓLKURVARA“ og þar kemur fram að verðtilfærsla mjólkurvara sé forsenda fyrir framlegðarskiptum. Í samkomulaginu var gert ráð fyrir þeirri forsendu að verðtilfærsla búvörulaga yrði aflögð og hvernig því yrði mætt með verðlagningu á hrámjólk og mjólkurafurðum í viðskiptum milli aðila. Sú verðlagning í innbyrðis viðskiptum MS og KS var nefnd verðtilfærsla mjólkurvara og átti að koma í staðinn fyrir þá verðtilfærslu sem gert var ráð fyrir að yrði aflögð. Eins og framar segir þá brást sú forsenda samkomulagsins að verðtilfærsla búvörulaga yrði aflögð á rannsóknartímabili málsins. Þrátt fyrir það var framangreind verðtilfærsla mjólkurvara framkvæmd óbreytt samkvæmt forsendum samkomulagsins sem fól í sér sértæka verðlagningu á hrámjólk og mjólkurvörum í innbyrðis viðskiptum milli aðila. Sjónarmið MS geta því ekki breytt mati Samkeppniseftirlitsins að þessu leyti.

MS mótmælir því að sú verðtilfærsla sem lýst er í töflu 5 endurspeglar þær framleiðsluvörur sem verkaskiptingin leiddi af sér. Þess í stað er því haldið fram að það hafi verið sá sem skráði innanlandssölu sem innheimti verðtilfærslugreiðslurnar óháð því hver var framleiðandi.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á þetta enda greiddu MS og KS inn í verðtilfærslusjóðina fyrir sölu á tilteknum vörum sem háðar voru verðlagsákvæðum búvöru samkvæmt 22. gr. búvörulaga en þær voru nýmjólk, skólamjólk, smjör, skyr, iðnaðarmjólkurduft, undanrennuduft og iðnaðarundanrennuduft. MS fékk hins vegar nánast alla lögbundna



verðtilfærslu greidda út úr sjóðunum til sín vegna þessara vara samkvæmt 22. gr. búvörulaga þar sem félagið tók við framleiðslu á nýmjólk, léttmjólk og undanrennu af KS vegna samkomulagsins. KS hélt hins vegar áfram að framleiða rjóma þrátt fyrir samkomulagið sem MS heldur fram að hafi borið háa framlegð. Eins varð KS ekki fyrir framlegðartapi af því að félagið hætti framleiðslu á mysu vegna samkomulagsins líkt og MS heldur fram. Hið rétta er að KS hóf fyrst framleiðslu og sölu á mysu árið 2013 eins og framfar segir. Fyrir framleiðslu og sölu á mjólkurafurðum sem báru háa framlegð fékkst ekki greitt út úr lögbundinni verðtilfærslu. Sama á við um verðtilfærslu SAM samkvæmt 13. gr. búvörulaga og því endurspeglar útgreiðslur vegna nefndrar verðtilfærslu til þeirra sem framleiða þær vörur sem báru lága framlegða og voru háðar verðlagningu verðlagsnefndar. Ekki skiptir því máli í þessu sambandi að hvað miklu leyti var greitt í verðtilfærslusjóði heldur hversu mikið aðilar fengu greitt út úr þeim vegna framleiðslu á vörum sem báru lága framlegð.

#### *Niðurstaða*

MS hefur staðhæft að verðlagning félagsins á hrámjólk til KS hafi verið „*órjúfanlegur þáttur í samstarfi aðila á grundvelli 71. gr. búvörulaga.*“ Það hafi þannig verið nauðsynlegt að selja KS hrámjólk á hinu lága verði til að bæta KS upp framlegðartap sem sagt er að hafi leitt af verkaskiptingunni, þ.e. sökum þess að framleiðsla á framlegðarháum vörum hafi flust frá KS til MS og KS í kjölfarið framleitt framlegðarlágar vörur.

Gögn sem aflað hefur verið eftir úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2014 og vísað er til hér að framan sýna að þetta kjarnaatriði í málflutningi MS á ekki við rök að styðjast. Af samstarfinu leiddi að KS fór í auknum mæli að framleiða framlegðarháar vörur. Öfugt við það sem MS hefur sagt þurfti KS á rannsóknartímabilinu að bæta MS upp tapaða framlegð vegna framleiðslu MS á mjólkurafurðum sem bera lága framlegð.

Til viðbótar unnu MS og KS því eftir samkomulagi þar sem verðlagning á hrámjólk byggði á þeirri brostnu grunnforsendu að öll verðtilfærsla félli niður.

## **7. Framkvæmdin á samkomulaginu frá júlí 2008 og tengd atriði**

Hér á eftir verða teknar saman helstu upplýsingar úr gögnum sem bárust frá m.a. MS, KS og Mjólk II. Í fyrsta lagi verður gerð grein fyrir hvaða mjólkurafurðir MS, KS, Mjólk I, Mjólk II og Mjólkurbúið framleiddu á rannsóknartímabilinu og hvernig framleiðslan breyttist eftir samkomulagið frá júlí 2008. Í öðru lagi verða teknar saman helstu upplýsingar úr gögnum Auðhumlu er varða mjólkursöfnun félagsins og viðskipti þess við MS. Í þriðja lagi verða upplýsingum úr gögnum frá MS og KS lýst með hliðsjón af samkomulaginu frá júlí 2008 og hvernig framkvæmd samkomulagsins hefur breyst á rannsóknartímabilinu. Í fjórða lagi verður gerð grein fyrir gögnum Mjólk II og hvort eða með hvaða hætti félagið kom inn í umrætt samkomulag MS og KS.

### 7.1 Framleiðsluvörur MS, KS, Mjólk I, Mjólk II og Mjólkurbúsins

Í töflu 6 má sjá framleiðsluvörur KS á tímabilinu frá árinu 2008 til ársins 2013.



**Tafla 6. Framleiðsluvörur KS**

	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Mjólk	X	X				
Léttmjólk	X	X				
Undanrenna	X	X				
Súrmjólk	X	X				
Mysa						X
Rjómi	X		X	X	X	X
Mozzarella (ferskur)	X	X	X	X	X	X
Mozzarella (fastur)	X	X				
Rifinn ostur	X	X	X	X	X	X
Tindur 1/1					X	X
Jarl skorpuostur					X	X
Ostur í blokkum	X	X	X	X	X	X
Bræddur ostur	X	X	X	X	X	X
Gouda 17%	X	X	X	X	X	X
Gouda 26%	X	X	X	X	X	X
Maribo	X	X	X	X	X	X
Sveitabiti 17%	X	X	X	X	X	X
Sveitabiti 26%	X	X	X	X	X	X
Smjör	X	X	X	X	X	X
Smjörvi	X	X	X	X	X	X
Gotti ostur	X	X	X	X	X	X
Góðostur	X					
Hrámjólk		X				X

Eins og sjá má í töflu 6 þá hefur hin eiginlega verkaskipting samkvæmt samkomulaginu í raun hafist á árinu 2010 þrátt fyrir að verðlagning hrámjólkur MS til KS á lágmarksverði til bænda hafi byrjað þegar samkomulagið tók gildi á árinu 2008. Það undirstrikar m.a. að engin tengsl var á verðlagningu á hrámjólk í viðskiptum MS og KS og hinni eiginlegri verkaskiptingu sem átti sér stað milli félaganna.

Með samkomulaginu frá júlí 2008 skuldbatt KS sig til að selja allar mjólkurafurðir sínar í gegnum sölukerfi MS að undanskyldum þeim sem KS seldi á sínu landsvæði í Skagafirði. Í samkomulaginu er einnig fjallað um þær mjólkurvörur sem KS framleiðir ekki en kaupir af MS með afslætti til endursölu á sínu landsvæði. Tafla 6 lýsir breytingu á framleiðsluvörum KS eftir að samkomulagið frá júlí 2008 tók gildi. Eins og sjá má hætti KS að framleiða nokkrar tegundir mjólkurvara, þ.e. rjóma, mjólk og sveitabita (ostur 17% og 26%) frá og með árinu 2009 og síðar mozzarellaost 17% frá og með árinu 2010. Það kom til vegna þess að eftir að KS keypti Mjólku I þá færðist mozzarella framleiðsla Mjólku II til MS á Egilsstöðum en þrátt fyrir það hélt KS áfram að framleiða mozzarellaost eftir því sem framleiðsla MS náði ekki að anna eftirspurn.

Samkvæmt samkomulaginu frá júlí 2008 átti KS að fá að kaupa af MS allt að 3,5 milljónir lítra af hrámjólk á verði sem jafngilti lágmarksverði til bænda sem nota átti til ostagerðar



ýmiss konar auk þess að fá mozzarella framleiðslu MS á Egilsstöðum til rifostagerðar og pökkunar. Þá átti KS einnig þess kost að kaupa framleiðsluvörur MS með afslætti af heildsöluverði og selja eftir þörfum á sínu landsvæði eins og fram kemur í umræddu samkomulagi. Að öðru leyti var framleiðsla KS á öðrum mjólkurafurðum óbreytt á rannsóknartímabilinu.

Eftir að Mjólka II komst í eigu KS (áramótin 2009/2010) var framleiðslu á skyrdesertum (skyrkökum) félagsins útvistað til MS og hún seld undir merkjum Mjólku II. Þá seldi Mjólka II auk þess rifost sem framleiddur var af KS undir merki Mjólku II, sbr. tölvupóst frá KS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 24. febrúar 2015. MS gerði ekki Framlegðar- og verkaskiptasamkomulag við Mjólku II líkt og gert var við KS og var Mjólka II því ekki aðili að samkomulaginu frá júlí 2008, sbr. nánar hér síðar. Þrátt fyrir það fékk Mjólka II hrámjólk frá MS á verði sem jafngilti lágmarksverði til bænda líkt og KS.

Í töflu 7 má sjá framleiðsluvörur Mjólku I og Mjólku II og endursöluvörur Mjólku II.

**Tafla 7. Framleiðsluvörur Mjólku I og Mjólku II og endursöluvörur**

Framleiðsluvörur	Mjólka I		Mjólka II			
	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Fetaostur	X	X	X	X	X	X
Sýrður rjómi	X	X	X	X	X	X
Jógúrt	X	X	X	X	X	X
Súrmjólk	X	X	X	X	X	X
Skyr	X	X	X	X	X	X
Skyrdesertar	X	X	X	X	X	X
Mozzarella	X	X				
Rjómi	X	X	X	X	X	X
Kryddsmjör	X	X	X	X	X	X
Smurostur	X	X				
Bræddur ostur	X	X				
Rjómaostur	X	X	X	X	X	X
Mjólk í lausu máli	X	X	X	X		
Hvítmygluostar						
Blámygluostar						
Blá og hvítmygluostar						
Ídýfur	X	X				
Rifinn ostur	X	X				
<b>Endursöluvörur</b>						
Skyrdesertar framleiddir af MS			X	X	X	X
Rifinn ostur framleiddur af KS			X	X	X	X

Í töflu 8 má sjá hvenær og hvaða mjólkurvörur Mjólkurbúið framleiddi á rannsóknartímabilinu.





**Tafla 8. Framleiðsluvörur Mjólkurbúsins**

<b>Framleiðsluvörur</b>	<b>2010</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>
Fetaostur				X
Sýrður rjómi		X	X	X
Kryddsmjör				X
Hvítmygluostar	X	X	X	X
Blámygluostar	X	X	X	X
Blá og hvítmygluostar	X	X	X	X
Ídýfur og majones			X	X
Rifinn ostur			X	X
Mylguostur í olíu			X	X

Í töflu eru teknar saman þær mjólkurafurðir Mjólk I og Mjólkurbúsins sem kepptu við mjólkurafurðir MS, KS og Mjólk II á heildsölu- og smásöluverkaði á rannsóknartímabilinu, þ.e. frá árinu 2008 til ársins 2013 (bæði ár meðtalín).



**Tafla 9. Mjólkurafurðir sem kepptu á heildsölu- og smásölu markaði á rannsóknartímabilinu**

	Mjólka I	Mjólkurbúið	MS	KS	Mjólka II <sup>62</sup>
Framleiðsluvörur	2008 – 2009	2010 – 2013	2008 – 2013		2010-2013
Fetaostur	X	X <sup>63</sup>	X		X
Sýrður rjómi	X	X <sup>64</sup>	X		X
Jógúrt	X		X		X
Súrmjólk	X		X	X <sup>65</sup>	X <sup>66</sup>
Skyr	X		X		X
Skyrdessertar	X		X		X <sup>67</sup>
Mozzarella	X		X	X	
Rjómi	X		X	X <sup>68</sup>	X
Kryddsmjör	X	X	X	X	X
Smurostur	X		X		
Bræddur ostur	X		X	X	
Rjómaostur	X		X		
Gerilsn. mjólk í lausu	X		X		X <sup>69</sup>
Hvítmygluostar		X	X		
Blámygluostar		X	X		
Blá og hvítmygluostar		X	X		
Ídýfur	X	X <sup>70</sup>			X
Rifinn ostur	X	X <sup>71</sup>	X	X	X <sup>72</sup>
Mygluostur í olíu		X <sup>73</sup>	X		

Eins og sjá má kepptu ýmist framleiðsluvörur Mjólkú I og Mjólkurbúsins við framleiðsluvörur MS, KS og Mjólkú II á því tímabili sem mál þetta nær til.

## 7.2 Mjólkursöfnun Auðhumlu og viðskipti við MS

Í gagnabeiðni Samkeppniseftirlitsins til Auðhumlu, dags. 22. desember 2014, var óskað eftir upplýsingum um viðskipti félagsins við MS á rannsóknartímabilinu. Óskað var eftir samtímagögnum sem hafa að geyma viðskiptareikninga, samninga, bréf og minnisblöð er lýsa framangreindum viðskiptum.

Í bréfi Auðhumlu til Samkeppniseftirlitsins, dags. 23. janúar 2015, fylgdu reikningar Auðhumlu til MS vegna hráefniskaupa. Í bréfinu segir m.a.:

<sup>62</sup> Þar með talinn Vogabær.

<sup>63</sup> Árið 2013.

<sup>64</sup> Árin 2011, 2012 og 2013.

<sup>65</sup> Árin 2008 og 2009.

<sup>66</sup> Árin 2010, 2011 og 2012.

<sup>67</sup> Framleitt af MS og selt undir merki Mjólkú II.

<sup>68</sup> Að frátöldu árinu 2009.

<sup>69</sup> Árin 2010 og 2011.

<sup>70</sup> Árin 2012 og 2013.

<sup>71</sup> Árin 2012 og 2013.

<sup>72</sup> Framleitt af KS en selt undir merki Mjólkú II.

<sup>73</sup> Árin 2012 og 2013.



„Þess skal sérstaklega getið að við kaup MS á mjólk af bændum í gegnum Auðhumlu greiða bændur hluta kostnaðar við mjólkursöfnun. Við ákvörðun mjólkurverðs til bænda tekur verðlagsnefnd búvöru tillit til þessa hluta kostnaðarins þegar hún ákvarðar bændum verð. Kostnaður við flutningana er hins vegar ekki að fullu greiddur af bændum, heldur er hluti þessa kostnaðar borinn af mjólkuriðnaðinum og skiptist í þessu tilviki á milli Auðhumlu og MS. Auðhumla innheimtir ca. 2,5-3 kr. á lítrann af bændum og gerir kreditreikning til MS vegna þeirra fjármuna, sbr. meðfylgjandi kreditreikningar frá Auðhumlu til MS á tímabilinu. Það sem útaf stendur í kostnaði skiptist síðan á milli Auðhumlu og MS.“

Fyrir liggur að MS seldi tengdum aðilum hrámjólk á lágmarksverði til bænda sem verðlagsnefnd búvara ákveður. Einnig er ljóst að verðlagsnefnd búvara gaf ekki út heildsöluverð fyrir hrámjólk í viðskiptum milli afurðastöðva á því tímabili sem mál þetta nær til og var verðlagningin því frjáls.

Af lágmarksverði til bænda dregur Auðhumla frá 2,5 til 3 kr. á lítrann fyrir flutningskostnaði í afurðastöð. MS keypti hrámjólkina af Auðhumlu á lágmarksverði til bænda en fékk kredit reikning frá Auðhumlu fyrir þeim flutningskostnaði sem bændur greiddu. MS seldi tengdum aðilum síðan hrámjólk á lágmarksverði verðlagsnefndar og lét þannig þann flutningskostnað sem bændur greiddu duga á móti flutningskostnaði til tengdra aðila, sbr. nánar hér síðar.

Þrátt fyrir framangreint hélt MS því fram fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála að almennt skiptist flutningskostnaður milli Auðhumlu/MS og bænda þannig að 60% kostnaðarins væri borinn af MS og 40% af bændum.

### 7.3 Viðskipti MS við KS og Mjólk II

Í fylgiskjali 10 með bréfi MS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. janúar 2015, eru teknar saman upplýsingar um sölu félagsins á hrámjólk til KS og Mjólk II á rannsóknartímabilinu, sbr. töflu 10 hér á eftir.

**Tafla 10. Sala MS á hrámjólk til KS og Mjólk II, magn í þús. lítra**

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Samtals
KS	324	3.086	3.632	3.488	3.415	3.945	<b>17.890</b>
Mjólk II			1.946	682	635	694	<b>3.957</b>
Mjólk I	1.200	1.700					<b>2.900</b>
Mjólkurbúið			55	391	354	272	<b>1.072</b>

Eins og sjá má seldi MS umsamið magn af hrámjólk til KS samkvæmt ákvæðum samkomulagsins frá júlí 2008 ef frá eru taldir fyrstu sex mánuðir samningsins. Þá var selt meira af hrámjólk til KS en ákvæði í samkomulaginu kvað á um árin 2010 og sérstaklega 2013 þegar selt magn fór 445 þús. lítra umfram umsamið magn. Frá árinu 2008 til ársins 2013 seldi MS tengdum aðilum um 21.847 þús. lítra af hrámjólk á lágmarksverði til bænda. Á sama tíma seldi MS keppinautum hrámjólk á um 10,92 kr. hærra verði hvern lítra að



meðaltali. Í töflu 10 má einnig sjá að Mjólka I keypti álíka mikið magn af hrámjólk af MS og KS gerði samtals árin 2008 og 2009 áður en félagið var selt til KS. Mjólka II viðhélt þeim aukna vexti í hráefniskaupum af MS árið 2010 á mun lægra verði en Mjólka I en minnkaði þau eftir það. Mjólkurbúið, í eigu m.a. sömu aðila og Mjólka I, hóf starfsemi seint á árinu 2010 og hefur reynt að ná fótfestu á markaðnum með því að kaupa hrámjólk af MS líkt og Mjólka II og KS. Sú mismunun sem MS beitti Mjólkurbúið og áður Mjólku I í verði á mikilvægasta hráefninu til vinnslu mjólkurafurða hefur hindrað félögin í því að keppa á viðkomandi markaði og haft áhrif á vöxt og viðgang þeirra, sbr. nánari umfjöllun hér á eftir.

Ef KS og Mjólka II hefðu þurft að kaupa hrámjólkina af MS á sama verði og keppinautar félaganna þá hefðu þau þurft að borga um 239 milljónum króna meira en þau gerðu. Það var sú eftirgjöf sem MS veitti tengdum aðilum í formi lægra hráefnisverðs til þeirra en keppinautum þeirra stóð til boða.

### 7.3.1 Um „lítratengd sjóðagjöld“ og skiptingu flutningskostnaðar

Í bréfi Samkeppniseftirlitsins til KS, dags. 5. janúar 2015, var óskað upplýsinga hjá félaginu um það hvort ofan á skráð lágmarksverð á hrámjólk væri bætt lítratengdum sjóðagjöldum, þ.e. lögbundinni verðtilfærslu og verðmiðlunarsjóðsgjaldi meðan lagaskylda væri til staðar, eins og segir í samkomulaginu frá júlí 2008.

Ekki var farið eftir þessu ákvæði samkomulagsins og um þetta segir í bréfi KS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 12. febrúar 2015:

*„Hvað varðar sérstaklega fyrirspurn Samkeppniseftirlitsins um lítratengd sjóðagjöld þá skal það tekið fram að slík gjöld hafa aldrei verið greidd. Reikningar sem fylgja með bréfi þessu (fskj. 109) staðfesta það.“*

Í samkomulaginu frá júlí 2008 er einnig að finna ákvæði um skiptingu kostnaðar við flutning hráefnisins til KS. Í því segir:

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

Um fyrirspurn Samkeppniseftirlitsins um framkvæmd og uppgjör á framangreindu ákvæði um skiptingu flutningskostnaðar segir í bréfi MS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. janúar 2015:

*„Ákvæði þetta kom aldrei til framkvæmda. Forsenda þess að ákvæði þetta var sett í samning aðila var sú að á þeim tíma lögðu söfnunarbílar MS í Húnavatnssýslum inn mjólk í mjólkurstöð MS á Blönduósi. Við mjólkurmiðlun MS til KS var gert ráð fyrir að aðilar skiptu á milli sín kostnaði vegna auka aksturs söfnunarbíla á milli MS á Blönduósi og KS á Sauðárkróki. Forsenda þessi brast hins vegar strax í árslok 2008 vegna þess að mjólkurstöð MS á Blönduósi var lokað og þar með var innvigtun mjólkur hætt á þeim stað. MS hefði því að óbreyttu þurft að keyra mjólk í mjólkurstöð MS á Akureyri. Miðlun á hluta mjólkur í Húnavatnssýslum til KS á Sauðárkróki var því orðin hagkvæmari heldur en að flytja mjólkina til vinnslu á Akureyri. Viðbótarkostnaður var því*



*enginn. Aukinheldur fær tankbíll MS fulla þjónustu með aðgang að sérhæfðu þvottakerfi fyrir tankbíl á Sauðárkróki, þar sem MS hætti rekstri gufuketils og þvottakerfis á Blönduósi við lokun þess í árslok 2008." (Undirstrikun Samkeppniseftirlitsins)*

Auðhumla greiðir bændum lágmarksverð skv. búvörulögum fyrir hrámjólkina að frádregnum flutningskostnaði í afurðastöð sem verðlagsnefnd búvara metur í verðlagsgrundvelli kúabús. Auðhumla selur MS hrámjólkina að frádregnum flutningskostnaði bænda og MS selur tengdum aðilum mjólkina að meðtöldum sama flutningskostnaði, þ.e. á lágmarksverði til bænda. MS hefur því látið þá fjárhæð sem dregin er frá lágmarksverði til bænda, þ.e. 2,5-3 kr./ltr., duga á móti flutningskostnaði á hrámjólki til KS þrátt fyrir að MS hafi upplýst að sá hluti sé einungis 40% af kostnaðinum.

### 7.3.2 Um umboðslaun í innbyrðis viðskiptum með mjólkurafurðir og kauprétt MS að hlutum í Mjólk II

Í samkomulaginu frá júlí 2008 er kveðið á um gagnkvæm [ ]<sup>74</sup> umboðslaun MS og KS fyrir sölu á mjólkurafurðum hvors annars. Það felur í sér umboðslaun af heildsöluverði hvors annars og markaðsskiptingu við sölu mjólkurafurða eftir landsvæðum. Í samkomulaginu er þannig ákvæði um að KS skuli selja allar framleiðsluvörur sínar í gegnum sölukerfi MS og fær fyrir það [ ]<sup>75</sup> umboðslaun af heildsöluverði KS. MS veitir KS einnig [ ]<sup>76</sup> umboðslaun fyrir þær mjólkurvörur sem KS selur fyrir MS á sínu þjónustusvæði, þ.e. í Skagafirði.

Í bréfi MS, dags. 28. janúar 2015, og KS, dags. 12. febrúar 2015, til Samkeppniseftirlitsins eru framangreind umboðslaun í gagnkvæmum heildsöluviðskiptum MS og KS tekin saman og því lýst hvernig þau hafa breyst á rannsóknartímabilinu. Í bréfi MS segir eftirfarandi:

*„Í þessu samhengi ber þó að hafa í huga að við jöfnun á framlegð 1 í samstarfi þessara aðila eru fjármunir sem þá fara á milli þeirra færðir í bækur félaganna sem sölubóknun.“*

MS tekur fram að þessi umboðslaun hafi að einhverju leyti verið notuð til að jafna framlegð þegar á þurfti að halda en hafi ekki haft þann tilgang í samkomulaginu við KS. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á það enda eru umboðslaunin (sölubóknunin) hluti af B-lið samkomulagsins undir fyrrsögninni „Framlegðarskipti mjólkurvara“. Framlegð 1 er skilgreind af MS sem sölutekjur að frádregnu hráefni, umbúðum og hjálparefnum. Af framangreindu má sjá að þau umboðslaun sem veitt voru í gagnkvæmum viðskiptum MS og KS höfðu þann tilgang að jafna framlegð milli félaganna. Umtalsvert lægra verð MS á hrámjólki til tengdra aðila gaf þeim aukið svigrúm í verðlagningu á mjólkurvörum í samkeppni við afurðir keppinauta á markaði. Það hafði að auki áhrif á umboðslaun í heildsöluviðskiptum milli MS og KS hvernig söluverði afurða var háttað á afurðavörum MS og KS eftir markaðsaðstæðum hverju sinni.

<sup>74</sup> Trúnaðarmál.

<sup>75</sup> Trúnaðarmál.

<sup>76</sup> Trúnaðarmál.



Í bréfi MS, dags. 28. janúar 2015, og KS, dags. 12. febrúar 2015, til Samkeppniseftirlitsins var umfang umboðslauna (söluþóknunar) í innbyrðis viðskiptum félaganna tekið saman eins og sjá má í töflu 11.

**Tafla 11. Umboðslaun í innbyrðis viðskiptum MS, KS og Mjólku II, fjárhæðir í þús. króna<sup>77</sup>**

Ár	Umboðslaun til		
	MS	KS	Mjólku II
2008	[ ]	[ ]	0
2009	[ ]	[ ]	0
2010	[ ]	[ ]	0
2011	[ ]	[ ]	0
2012	[ ]	[ ]	0
2013	[ ]	[ ]	0
<b>Samtals</b>	<b>[ ]</b>	<b>[ ]</b>	<b>0</b>

Eins og sjá má í töflunni voru umboðslaun KS til MS um [ ]<sup>78</sup> milljónir kr. en á móti voru umboðslaun KS vegna sölu afurða MS á markaðsvæði KS um [ ]<sup>79</sup> milljónir kr. Hærri umboðslaun til MS en KS skýrist af því að KS seldi allar framleiðsluvörur sínar sem seldar voru utan Skagafjarðar til MS (fyrir utan rifost til Mjólku II). Framangreind umboðslaun voru í samræmi við almenn afsláttarkjör sem bæði MS og KS veittu viðskiptavinum á heildsölustigi í formi [ ]<sup>80</sup> afsláttar af heildsöluverði og hafði ekkert að gera með hina eiginlegu verkaskiptingu í samkomulaginu eða framkvæmd hennar, sbr. nánar hér síðar.

KS greiddi til MS um 176 milljónir kr. í gegnum verðtilfærslu frá árinu 2008 til ársins 2013, sbr. töflu 4 hér að framan. Sú upphæð er mismunur á inn- og útgreiðslum KS og var notuð til þess að bæta upp framlegð MS vegna verkaskiptingar sem stafaði af aukinni framleiðslu á ferskvörum og framlegðarlágum vörum hjá MS. Sú lögbundna verðtilfærsla nær til mjólkurafurða (ferskmjólkur, rjóma, undanrennu, skyrs, smjörs, osta 30% og 45%, nýmjólkurdufts og undanrennudufsts) sem háðar eru verðlagsákvæðum verðlagsnefndar bývöru um hámarksverð og nær til ferskmjólkur og rjóma sem KS lét MS um að framleiða sem lið í verkaskiptingu félaganna.

Markmið samkomulagsins frá júlí 2008 var m.a. að bæta KS upp aukna greiðslu í verðtilfærslusjóði í kjölfar þess að MS tæki yfir framleiðslu á fimm ferskvörum af KS sem háðar voru verðlagsákvæðum og báru lága framlegð. Eins og sjá má í töflu 5 greiddi KS um 176 milljónir kr. í verðtilfærslusjóði frá árinu 2008 til ársins 2013 sem fór til þess að bæta MS upp framleiðslu á mjólkurafurðum sem báru lága framlegð. Á móti verðtilfærslu KS til MS féll MS frá því að innheimta umboðslaun (söluþóknun) af KS að fjárhæð [ ]<sup>81</sup> milljónir kr. ásamt því að gefa eftir yfirtekna skuld KS sem afskrifuð var gagnvart Mjólku II að fjárhæð 58 milljónir kr., sbr. nánar hér síðar. Fjárhagslegur ávinningur KS af eftirgjöf

<sup>77</sup> Fjárhæðir í töflu eru trúnaðarmál.

<sup>78</sup> Trúnaðarmál.

<sup>79</sup> Trúnaðarmál.

<sup>80</sup> Trúnaðarmál.

<sup>81</sup> Trúnaðarmál. [ ]



umboðslauna og skulda hjá MS nam því á sama tíma alls um [ ]<sup>82</sup> milljónum kr. Því til viðbótar seldi MS KS og Mjólku II hrámjólk á ívilnandi verði en það verð stóð smærri ótengdum keppinautum ekki til boða. Í athugasemdum sínum frá 12. janúar 2016 heldur MS því nú fram að framangreind umboðslaun hafi verið greiðsla fyrir kauprétt í Mjólku I og að hin yfirtekna skuld KS hafi aldrei verið keypt eða framseld með öðrum hætti til KS eða annarra aðila. Eins og nánar verður rökstutt síðar getur Samkeppniseftirlitið ekki fallist á þetta.

Í samkomulaginu frá júlí 2008 féll gagnkvæm sölubóknun fullunnina mjólkurvara í viðskiptum samningsaðila undir verðtilfærslu mjólkurvara. Eins og glögggt má sjá af einfaldri útfærslu á framangreindum tilfærslum fjármuna þá taka þær ekki eingöngu mið af hinni afmörkuðu verkskiptingu (samkvæmt samkomulaginu frá júlí 2008) heldur af öllum mjólkurafurðum sem teknar voru til sölu hjá MS annars vegar og KS hins vegar. Í 13. gr. búvörulaga segir að verðlagsnefnd búvara ákveði heildsöluverð búvara og að þrátt fyrir ákvæði samkeppnislaga sé afurðastöðvum heimilt að gera samninga sín á milli um verðtilfærslu milli tiltekinna afurða sem leggja skal fyrir verðlagsnefnd til upplýsingar. Samkeppniseftirlitið vekur athygli á að samkvæmt framansögðu nær verðtilfærsla einungis til tiltekinna afurða en ekki allra mjólkurafurða sem MS og KS framleiða og selja, sbr. framangreind umboðslaun sem náðu til sölu á öllum mjólkurafurðum hvors annars.

Hér skal áréttað að verkaskipting MS og KS samkvæmt samkomulaginu frá júlí 2008 afmarkast við fáeinar mjólkurafurðir. Ekki fæst séð hvernig sú takmarkaða verkaskipting getur réttlætt almenna leiðréttingu í afkomu eða framlegð allra mjólkurafurða líkt og gert var í framkvæmd samkomulagsins í gegnum hráefnis- og afurðaverð. Framkvæmd samkomulagsins fór þannig fram að afkoma og framlegð MS og KS var stillt af í gegnum afurðaverð með hliðsjón af verðlagningu mjólkurafurða keppinauta annars vegar og verðlagningu mjólkurafurða sem ekki voru háðar verðlagningu verðlagsnefndar búvöru um hámarksverð hins vegar, þ.e. svokallaðar „*frjálssar vörur*“. Til þess að auka svigrúm í verðlagningu mjólkurafurða gagnvart ótengdum keppinautum var sala á hrámjólk til tengdra aðila (KS og Mjólku II) ákveðin á verði sem jafngilti lágmarksverði til bænda. Með því var MS og tengdum samstarfsaðilum veitt forskot í samkeppni við mjólkurafurðir frá minni keppinautum eins og Mjólku I og Mjólkurbúinu. Við blasir að þetta var ekki „*órjúfanlegur þáttur*“ í verkaskiptingu skv. 71. gr. búvörulaga.

Um afslætti í töflu 11 segir í framangreindu bréfi MS til Samkeppniseftirlitsins:

*„Í þessu samhengi ber þó að hafa í huga að við jöfnun á framlegð 1 í samstarfi þessara aðila eru fjármunir sem þá fara á milli þeirra færðir í bækur félaganna sem sölubóknun.“*

Til nánari skýringa á fjárhæðum í töflu 11 fyrir einstök ár segir MS eftirfarandi:

[

] <sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> Trúnaðarmál.

<sup>83</sup> Trúnaðarmál.



Samkvæmt þessu kveðst MS hafa notað [ ]<sup>84</sup> milljónir kr. af umboðslaunum sínum frá KS sem greiðslu upp í kauprétt í Mjólku II/Vogabæ. Í bréfi KS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 12. febrúar 2015, segir hins vegar:

*„Árin 2010-2012 var [ ]<sup>85</sup> króna af sölubóknun MS notuð á móti kauprétti og framleiðslutilfærslu.*

*KS samdi um kaup á Mjólku á árinu 2009 og var tilkynnt um kaupin til Samkeppniseftirlitsins sbr. ákvörðun stofnunarinnar nr. 40/2009. ... Í kjölfarið komst Mjólka í eigu KS og hefur verið það síðan. Á MS kauprétt að 50% hlut í félaginu sem MS hefur tilkynnt að félagið muni nýta. Hefur þó ekki komið til þess enn og eru hlutirnir því allir í eigu KS eins og stendur.” (Undirstrikun Samkeppniseftirlitsins)*

Þrennt vekur athygli í framangreindri yfirlýsingu KS:

Í fyrsta lagi að niðurfelling á umboðslaunum MS hafi verið notuð á móti framleiðslutilfærslu, þ.e. verkaskiptingu MS og KS.

Í öðru lagi að KS hafi samið um kaup á Mjólku I. MS hefur haldið því fram að Mjólka I hafi verið „ógjaldfær”<sup>86</sup> sem hafi leitt til þess að félagið sendi KS sölutilboð sem KS hafi gengið að. Vísast hér til fylgiskjals 1 með bréfi MS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. janúar 2015, en þar segir:

*„Þegar KS keypti fyrirtækið Mjólku II í árslok 2009 var fyrirtækið ógjaldfært ... Um mitt ár 2009 gerði ÓM KS skriflegt sölutilboð á hlutabréfum í nýju félagi sem hann hafði stofnað um starfsemina (Mjólka II) og Vogabæ og munnlega um fasteignafélagið VBM fasteignir ehf. samkvæmt upplýsingum frá KS. Þann 18. ágúst 2009 var Samkeppniseftirlitinu send samrunatilkynning vegna fyrirhugaðra kaupa. Ritað var undir kaupsamning 30. desember 2009. Þegar af þessum kaupum varð í árslok 2009 lá fyrir að töluverðir möguleikar væru til hagræðingar í framleiðsluferfinu í heild og því tryggði Auðhumla sér í árslok kauprétt á 50% hlutafjár í félögunum Mjólku II og Vogabæ með því að kaupa af seljanda fasteignafélagið VBM fasteignir ehf. sem átti húseign í Hafnarfirði. Jafnframt lagði Auðhumla fram handveð til tryggingar á greiðslum vegna helmings af kaupverði Vogabæjar.”*

Af framangreindu má sjá að Auðhumla hefur talið að veruleg verðmæti fælust í Mjólku I enda tryggði Auðhumla sér, á sama tíma og KS keypti Mjólku I, fljótlega 50% kauprétt í Mjólku II/Vogabæ. Þá keypti Auðhumla, á sama tíma og KS keypti Mjólku I, fasteignafélagið VBM fasteignir ehf.<sup>87</sup> sem átti húsnæðið sem Mjólka I starfaði í og síðar Mjólka II. Með því vildi Auðhumla augljóslega tryggja sér ávinning af kaupum KS á Mjólku I sem myndi nýttast MS.

<sup>84</sup> Trúnaðarmál.

<sup>85</sup> Trúnaðarmál.

<sup>86</sup> Í greinargerð Samkeppniseftirlitsins fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála er bent á það að lýsingar MS á stöðu Mjólku I séu ekki í samræmi við samtímagögn, sbr. bls. 18-19, og vísast til þess.

<sup>87</sup> VBM fasteignir ehf. var félag í eigu stofnenda Mjólku I.





Í samningi um kaup KS á Mjólku I var samið um kaupverð félagsins með þeim hætti að KS tæki yfir skuld félagsins við MS og drægi hluta hennar frá greiðslum á félaginu til seljenda. Síðar hefur komið í ljós að MS hefur afskrifað skuldina við KS vegna Mjólku II. MS neitar því í framangreindu bréfi til Samkeppniseftirlitsins að krafan hafi verið keypt eða framseld með öðrum hætti til KS eða annarra aðila.<sup>88</sup> Nánar verður fjallað um framangreinda kröfu hér síðar og afgreiðslu hennar.

Í þriðja lagi vekur athygli að eftir að Mjólka I komst í eigu KS hafi MS tryggt sér kauprétt í Mjólku II og Vogabæ og greitt fyrir hann [ ]<sup>89</sup> milljónir kr. með því að gefa eftir umboðslaun af sölu afurða KS sem MS átti að fá frá KS.

Gögn málsins sýna að KS og MS gerðu samkomulag, dags. 31. ágúst 2010, um kauprétt MS á 50% af hlutafé í Torfgarði ehf. og Arnas ehf. (Vogabær og Mjólka) af KS. Kauprétturinn nær yfir 50% hlut í hvoru félagi fyrir sig en skyldi nýttast í báðum félögum í einu. Tekið er fram í samkomulaginu að ef Arnas myndi sameinast Mjólku II og/eða Torfgarður sameinast Vogabæ þá gildi 50% kauprétturinn í hinu sameinaða félagi. Kauprétturinn tók gildi 31. desember 2012 og gildi í tvo mánuði eftir það. Nýting kaupréttar átti að tilkynna til KS á tímabilinu 31. desember 2012 til og með 28. febrúar 2013.

Kaupverð hlutanna er sagt samtala eftirfarandi þátta:

- „a. 50% af þeirri aukningu eigin fjár félaganna sem á sér stað með hagnaði af rekstri þeirra frá 1. janúar 2010 til kaupdags.*
- b. 50% af því aukna eigin fé sem KS hefur lagt til félaganna frá endanlegum kaupum á Mjólku og Vogabæ.*
- c. 50% af arði sem KS fær frá félögnum er dregið frá kaupverði þeirra.“*

Framangreindir liðir a, b og c eru síðan framreiknaðir til kaupdags. Tekið er fram að ef lögum verði breytt á þann hátt fyrir 31. desember 2012 sem geri MS ókleift að nýta kaupréttinn væru aðilar sammála um að leita sameiginlegrar lausnar á því máli.

Um þennan kauprétt og meðhöndlun umboðslauna MS í samkomulaginu frá júlí 2008 segir í bréfi KS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 12. febrúar 2015:

*„Samþykkt var að sölubóknun yrði ekki greidd af KS með viðauka dags. 27. ágúst 2010 fyrir tímabilið 1. janúar 2010 út árið 2012 eða samtals fyrir þrjú ár. Sölubóknunin hafði þá verið ákveðin [ ]<sup>90</sup> milljónir á ári svo sem fram hefur komið. Var litið á þær [ ]<sup>91</sup> milljónir sem MS fékk ekki vegna samkomulagsins sem greiðslu fyrir kauprétt í Mjólku/Vogabæ og fyrir framtíðarhagræði vegna verkefnaflutninga frá Mjólku til MS svo sem mozzarella framleiðslu sem fluttist til Egilsstaða. Var undirritað sérstakt minnisblað um kaupréttinn sem ýmist er dags. 31. ágúst 2010 eða 3. september 2010. Er enginn ágreiningur um efni*

<sup>88</sup> Sjá tölvupóst og viðhengi KS til endurskoðanda Mjólku I, dags. 15. mars 2012, er sýnir yfirlit yfir kaupverð og greiðslur KS á Mjólku I og Vogabæ.

<sup>89</sup> Trúnaðarmál.

<sup>90</sup> Trúnaðarmál.

<sup>91</sup> Trúnaðarmál.



*Þess eða gildi þrátt fyrir það hvernig minnisblaðið er dagsett. Hefur MS tilkynnt um nýtingu kaupréttarins en ekkert hefur orðið af kaupunum ennþá."*

Þrátt fyrir minnisblað MS og KS, dags. 31. ágúst 2010, um 50% kauprétt MS á Mjólku II/Vogabæ tekur KS fram að MS hafi ekki nýtt sér kauprétt sinn og að hlutirnir séu því enn að fullu í eigu KS. Í athugasemdum sínum frá 12. janúar 2016 MS heldur því hins vegar fram að þó að ekki hafi verið gengið endanlega frá málum sé nýting kaupréttarins einungis formsatriði enda hafi þegar verið búið að færa stóran hluta framleiðslu Mjólku II yfir til MS. Samkeppniseftirlitið fær ekki séð út frá gögnum málsins að framangreind innbyrðis viðskipti MS og KS með fullunnar mjólkurafurðir og uppgjör vegna þeirra varði meintan kauprétt MS í Mjólku II, sbr. nánar hér síðar.

Með hliðsjón af framangreindu er ljóst að umboðslaun MS, þ.e. niðurfelling á greiðslu KS til MS að fjárhæð [ ]<sup>92</sup> milljónir kr., fór ekki upp í kaup MS á Mjólku II/Vogabæ heldur hafi verið hluti af uppgjöri vegna verkaskiptingar, þ.e. framleiðslutilfærslu eins og KS orðar það hér að framan. Það var gert þrátt fyrir að KS hafi tekið til við að framleiða framlegðarháar mjólkurvörur samkvæmt samkomulaginu frá júlí 2008 og MS tekið við framleiðslu á framlegðarlágum vörum, þ.e. ferskvöru.

### 7.3.2 Nánar um viðskipti MS við Mjólku II

Fyrir liggur að [ ]<sup>93</sup> umboðslaun voru veitt af heilðsöluverði í innbyrðis viðskiptum Mjólku II við MS eða KS, sbr. töflu 11. Um ávinning Mjólku II af samkomulaginu frá júlí 2008 segir í bréfi Mjólku II til Samkeppniseftirlitsins, dags. 12. febrúar 2015:

*„Mjólka naut góðs af verkaskiptingarsamkomulagi (svo) KS og MS líkt og fram hefur komið þrátt fyrir að Mjólka hafi ekki gerst formlegur aðili að framlegðar og verkaskiptingarsamkomulagi KS og MS frá 15. júlí 2008. Byggði það aðallega á munnlegum samningum en einnig minnisblaði undirrituðu af KS og MS að Mjólka tæki þátt í verkaskiptingarsamkomulagi KS og MS. Vegna þessa voru ákveðnar framleiðslueiningar Mjólku færðar til svo auka mætti hagkvæmni í mjólkuriðnaði. Eru skyrtertur Mjólku nú framleiddar af MS á Akureyri og mozzarella framleidd á Egilsstöðum af MS. Rifostagerð hefur hins vegar verið flutt á Sauðarárkók (svo) þar sem KS rífur ost og pakkar fyrir Mjólku. Framleiðsla á fetaosti og sýrðum rjóma ásamt pökkun á ferskum rjóma er hins vegar ennþá á starfsstöð Mjólku í Hafnarfirði.“ (Undirstrikun Samkeppniseftirlitsins)*

Framangreint minnisblað sem Mjólka II vísar til voru tvö ósamhljóða minnisblöð undirrituð annars vegar af MS og hins vegar af KS þann 3. september 2010. Í minnisblaðinu, sem undirritað var af MS, kemur fram að aðilar hafi verið sammála um að „gerður verði“ framleiðslusamningur milli Mjólku II og MS í september 2010. Segir einnig að gengið verði út frá því að MS framleiði fyrir Mjólku II aðrar mjólkurvörur en rifost og að skoða eigi sameiginlega dreifingu með hagkvæmni að leiðarljósi á árinu 2011. Fram kemur að framleiðsla á mozzarellaosti hafi þegar verið hætt hjá Mjólku II og að hann sé framleiddur af MS á Egilsstöðum og rifostur hjá KS Sauðárkróki. Þá er tekið fram í minnisblaðinu að

<sup>92</sup> Trúnaðarmál.

<sup>93</sup> Trúnaðarmál.



aðilar muni fara yfir það í samræmdu framleiðsluskipulagi sem nær til Mjólku eins og hafi verið milli MS og KS.

Í minnisblaðinu, sem undirritað var af KS sama dag (3. september 2010), kemur fram að aðilar séu sammála um að gerður verði framleiðslusamningur milli Mjólku II og MS fyrir lok september 2010 og að skoða eigi sameiginlega dreifingu með hagkvæmni að leiðarljósi á árinu 2011. Að öðru leyti er minnisblað KS ólíkt minnisblaði MS og er í því m.a. ekki tekið fram að framleiðsla á mozzarellaosti hjá Mjólku II sé hætt. Þá kemur ekki heldur fram í minnisblaði KS að MS og KS muni fara yfir samræmt framleiðsluskipulag sem nái til Mjólku eins og verið hafi milli MS og KS.

Þrátt fyrir framangreind fyrirheit í minnisblöðum KS og MS var ekki gerður framleiðslusamningur milli Mjólku II og MS á rannsóknartímabili málsins.

Hér skiptir og máli að Mjólka II tekur fram í bréfi til Samkeppniseftirlitsins, dags. 12. febrúar 2015, að starfsemi félagsins sé öðruvísi en hjá KS. Þannig safni Mjólka II ekki mjólk frá bændum og að félagið selji vörur sínar með sjálfstæðum hætti á markaði en ekki í gegnum sölukerfi MS líkt og KS geri.

Í athugasemdum sínum frá 12. janúar 2016 heldur MS því fram að Mjólka II hafi verið aðili að framleiðslusamstarfi MS og KS þó að ekki lægi fyrir skriflegur samningur. Það sé heldur ekki áskilið í 71. gr. búvörulaga að samningar samkvæmt ákvæðinu þurfi að vera skriflegir eða annað samstarf á grundvelli þess útlistað skriflega. Engu skipti heldur þó að Mjólka II dreifði eigin vörum eða ekki. Þannig hafi mozzarella- og skyrkökuframleiðsla Mjólku II verið færð til MS og því hafi verðlagning MS á hrámjólk til Mjólku II helgast af þeirri auknu framlegð sem framleiðslusamstarfið við Mjólku II færði MS.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á framangreinda skýringu MS um að Mjólka hafi sjálfkrafa fallið undir verkaskiptasamkomulag MS og KS frá 15. júlí 2008 eftir að KS eignaðist félagið í ársbyrjun 2010. Þó að Mjólka hafi fengið MS til að framleiða fyrir sig mozzarellaost og skyrkökur þá er ekki hægt að líta svo á að um sérstakt verkaskiptasamkomulag hafi verið að ræða og því síður að það falli undir samkomulag MS og KS frá 2008. Þá hefur verkaskipting MS og KS ekki fært MS aukna framlegð heldur öfugt, sbr. nánar hér síðar. Samkvæmt 71. gr. búvörulaga er afurðastöðvum í mjólkuriðnaði heimilt að gera með sér samkomulag um verkaskiptingu eða hafa með sér annað samstarf „til þess að halda niðri kostnaði við framleiðslu, geymslu og dreifingu mjólkurafurða.“ Mjólka II er sjálfstæður lögaðili og hefur samkvæmt framansögðu ekki undirritað neina samninga við MS sem geta fallið undir 71. gr. búvörulaga. Hefur Mjólka II þannig ekki gert samninga um verkaskiptingu við MS sem fela það í sér að félagið hætti að framleiða framlegðarháar vörur og framleiði framlegðarlágar vörur í staðinn. Til viðbótar, eins og Mjólka II bendir sjálf á, er starfsemi félagsins í grundvallaratriðum ólík fyrirkomulaginu hjá KS. Þegar af þessum ástæðum er ljóst að sala MS á hrámjólk á hinu lága verði til Mjólku II var ekki „órjúfanlegur hluti“ af verkaskiptingu skv. 71. gr. búvörulaga.



#### 7.4 Breyting á samkomulaginu frá júlí 2008, dags. 26. febrúar 2009

Í febrúar 2009 var gerð breyting á samkomulaginu frá júlí 2008.<sup>94</sup> Gerð var breyting á d-lið samkomulagsins sem varðaði gagnkvæm umboðslaun (sölubóknun) fullunninna mjólkurvara í viðskiptum aðila.

Í samkomulaginu frá júlí 2008 var gert ráð fyrir [ ]<sup>95</sup> umboðslaunum (sölubóknun) í viðskiptum milli aðila. Breytingin fólst í því að KS héldi áfram að draga frá [ ]<sup>96</sup> sölu- og dreifingargjald til MS (þ.e. KS veiti MS [ ]<sup>97</sup> umboðslaun reiknuð af heildsöluverði milli aðila) en þó þannig að hámarkssölubóknun árlega samkvæmt þessum lið á árunum 2009, 2010 og 2011 skyldi vera [ ]<sup>98</sup> milljónir kr. árlega. Við árslok átti að bakfæra til KS þá upphæð sem af hefði verið dregin á viðkomandi ári sem væri umfram [ ]<sup>99</sup> milljónir kr. Gilti þetta frá 1. janúar 2009 og út árið 2011. Hámark árlegra umboðslauna skyldi taka breytingum samkvæmt breytingum á vinnslu- og dreifingarkostnaði mjólkur, eins og hann ákvarðaðist af verðlagsnefnd búvöru hverju sinni.

Engir framlegðarútreikningar fylgdu gögnum MS eða KS til stuðnings framangreindum breytingum á samkomulaginu frá júlí 2008. Í fylgiskjali 2 með bréfi MS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. janúar 2015, segir um framangeindar breytingar sem gerðar voru þann 26. febrúar 2009 á samkomulaginu frá júlí 2008:

*„Í fyrsta sinn farið yfir framlegðarjöfnun og skoðuð árin 2007 og 2008. Í ljós kom að hallaði á KS um [ ]<sup>100</sup> milljónir samtals fyrir þessi tvö ár. Meðalvelta KS var [ ]<sup>101</sup> milljónir og áhrifin því ca. [ ]<sup>102</sup> milljónir á ári. Augljóst að fyrir árið 2009 myndi þessi áhrif verða enn meira (svo) þar sem á sama tíma var verið að flytja rifostagerð til KS og veltan að aukast verulega.“*

Framangreind tilvitnun í bréf MS staðfestir að engir framlegðarútreikningar lágu til grundvallar þessum breytingum sem gerðar voru á samkomulaginu frá júlí 2008 heldur voru þær byggðar á væntingum um framtíðartekjur KS. Þá má einnig sjá að framlegðarjöfnun milli MS og KS tók einnig mið af árinu 2007 og öllu árinu 2008 þrátt fyrir að samkomulagið sé frá 15. júlí 2008.

Í athugasemdum sínum frá 12. janúar 2016 heldur MS því fram að við jöfnun framlegðar sé eðlilegt að taka mið af fyrirsjáanlegum breytingum við útreikning þar að lútandi enda hafi slíkar breytingar áhrif á heildarútkomuna til lengri tíma. Auk þess heldur MS því fram að framlegð hafi ekki verið jöfnuð milli aðila fyrir árin 2007 og 2008 heldur hafi verið horft til þeirra um viðmið að því er framlegð varðar.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þær skýringar MS enda segir í framangreindri tilvitnun að það hafi hallað á KS árin 2007 og 2008 og var umboðslaunum hagrætt í samkomulaginu til að bregðast við því. Sú ráðstöfun kemur auk þess á óvart í ljósi þess að

<sup>94</sup> Misritað 2009 í samningi.

<sup>95</sup> Trúnaðarmál.

<sup>96</sup> Trúnaðarmál.

<sup>97</sup> Trúnaðarmál.

<sup>98</sup> Trúnaðarmál.

<sup>99</sup> Trúnaðarmál.

<sup>100</sup> Trúnaðarmál.

<sup>101</sup> Trúnaðarmál.

<sup>102</sup> Trúnaðarmál.



verkaskiptingin kom ekki að fullu til framkvæmda fyrr en á árinu 2010 eins og sjá má í töflu 1. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á það að eðlilegt sé að framlegðarjöfnun taki mið af framtíðartekjum heldur áorðnum breytingum á framleiðslu fyrir hvert tímabil sem liðið er. Framangreint staðfestir hins vegar að talið var að væntar tekjur KS myndu aukast verulega við það að taka við rifostagerðinni en með því m.a. jókst framlegð KS verulega næstu árin, sbr. nánar hér síðar.

#### 7.5 Samkomulag um framleiðslu og vinnslu milli KS og MS, dags. 12. mars 2009

Þetta samkomulag MS og KS snerist um að KS hætti vinnslu á mozzarellaostum sem hráefni fyrir rifostagerð nema að því marki sem hráefni á Egilsstöðum myndi ekki duga. Með því útilokaði KS ekki að framleiða sinn eigin mozzarellaost ef þörf væri á. Samkvæmt samkomulaginu lagði KS til, án endurgjalds, sérstaka mozzarella framleiðsluvél sem flutt skyldi til MS á Egilsstöðum. KS átti að taka að sér framleiðslu á rifnum mozzarellaosti sem MS keypti af KS samkvæmt framleiðsluskipulagi fyrirtækjanna. Í því skyni seldi MS á Egilsstöðum KS alla mozzarella framleiðslu sína til rifostagerðar. MS greiddi fyrir flutning á milli Egilsstaða og Sauðárkróks en KS annaðist flutning til dreifingarmiðstöðvar MS í Reykjavík. Útreikningur á vinnslu og þökkunarkostnaði á rifnum mozzarellaosti tók mið af sömu kostnaðarliðum við framleiðslu á ostasneiðum hjá MS. Varðandi framleiðslukostnað segir í samkomulaginu:

*„Viðmiðun fyrir vinnslu- og þökkunarkostnað á rifnum Mozzarella osti skal vera það sama og í framleiðslu og þökkun á ostasneiðum hjá MS. Nú við útreikning er miðað við framlegð I (að frádregnu hráefni). Vegið meðaltal tegunda verði 24,8% í framlegð I. Útreikningar þessir eru til árlegs endurmats um áramót. Útreikningana annast saman aðstoðarkaupfélagsstjóri KS og framkvæmdastjóri framleiðslusviðs MS. Millifærslur vegna ofangreindrar framleiðslu skulu framkvæmdar mánaðarlega og skulu vera sérgreindar sem framleiðslu- og þökkunarkostnaður annars vegar og hinsvegar sem markaðsnýtingargjald (verðtilfærsla hráefnis á sama grunni og verið hefur)“ (Undirstrikun Samkeppniseftirlitsins)*

Hér er lagt til grundvallar að framleiðslukostnaður og þökkun á mozzarellaosti og framleiðslukostnaður og þökkun á ostasneiðum sé sá sami. Í athugasemdum MS frá 12. janúar 2016 er því haldið fram að eftirlitið telji að framangreindur kostnaður sé sá sami. Það er ekki rétt heldur er Samkeppniseftirlitið einungis að lýsa því kostnaðarviðmiði sem notað er í samkomulaginu eins og framfar er getið. Samkomulagið ber með sér að litið hafi verið á sölu MS á hrámmjólk til KS á skráðu lágmarksverði til bænda sem markaðslega framkvæmd til þess að halda niðri verði á afurðum eins og rifnum osti sem mættu á þessum tíma samkeppni á markaði frá Mjólkku I. Sjá má að heildsöluverð MS á ostasneiðum var í ágúst 2009 1.273 kr./kg (vörunr. 3310)<sup>103</sup> þar sem engin samkeppni var til staðar en heildsöluverð á rifnum mozzarella osti var aðeins 996 kr./kg (vörunr. 3412) þar sem samkeppni var til staðar frá Mjólkku I.

Af verðlistaverði veitti MS síðan allt að 20% afslátt til viðskiptavina, sbr. bréf MS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 3. júlí 2009, sbr. nánar hér síðar. Verð Mjólkku I á rifnum mozzarellaosti var á sama tíma 922 kr./kg. Mikilvægasta söluvara Mjólkku I á þessum tíma

<sup>103</sup><http://wayback.vefsafn.is/wayback/20091119011717/http://ms.is/resources/Files/Verdlisti-1.agust-2009.pdf>



var rifinn mozzarellaostur. Félagið hafði þá m.a. náð samningum við Dominos, dags. 27. október 2008, um sölu á að lágmarki 3,8 tonnum á viku enda uppfyllti Mjólka I gæðakröfur Dominos eins og fram kom í framangreindum samningi. Fyrir þann tíma hafði Mjólka I farið í þróunarferli með Dominos til þess að geta framleitt þá vöru samkvæmt kröfum Dominos. Eftir að Mjólka I náði samningum við Dominos átti MS fund með forsvarsmönnum félagsins þar sem MS lýsti yfir óánægju sinni með viðskipti þeirra við Mjólku I eins og segir í bréfi Dominos til Samkeppniseftirlitsins, dags. 27. júní 2009.

Mozzarellaostur Mjólku I var eins og fyrr segir mikilvægasta mjólkurafurð félagsins á árinu 2009 miðað við sölu. Hlutfall tekna Mjólku I af sölu á rifnum mozzarellaosti á árinu 2009 var 43%<sup>104</sup> af heildartekjum félagsins en félagið framleiddi einnig og seldi m.a. fetaost, sýrðan rjóma, jógúrt, súrmjólk, skyr, skyrdeserta, rjóma, kryddsmjör, smurosta, brædda osta, rjómaosta og mjólk í lausu máli, sbr. töflu 5. Mjólka framleiddi ekki osta í sneiðum og því gat MS m.a. náð inn hærri framlegð af þeirri vörutegund sem ekki var í samkeppni.

Hér ber einnig að líta til fylgiskjals 28 með bréfi KS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 12. febrúar 2015. Um er að ræða minnisblað frá nóvember 2013 sem stafar frá kaupfélagsstjóra KS og varðar samskiptin við MS. Þar segir:

*„Samkomulag um að KS hætti allri framleiðslu á ferskvörum. Til að bæta þetta upp var um það samkomulag að KS fengi 3,5 milljónir lítra hrámjólkur árlega. Samhliða því að O.S.S. var lagt af í rekstri var um það samkomulag að KS fengi rifostagerðina. Þegar O.S.S. var lagt niður var um það samið að pökkunargjaldið var til að mæta húsnæði, vinnslukostnaði, umbúðum og öllu öðru. Með þessu fékk KS hlut af hagnaði sem hlaust af því að leggja af þá rekstrareiningu sem O.S.S. var. Þetta var það hagræði sem kom í hlut KS.“* (Undirstrikun Samkeppniseftirlitsins)

Samkvæmt kaupfélagsstjóra KS var þannig hagræðingunni af verkaskiptingu MS og KS, í kjölfar þess að OSS var lögð niður, mætt með því að rifostagerð kæmi í hlut KS. Pökkunargjaldið sem því fylgdi var til þess að mæta húsnæðiskostnaði, vinnslukostnaði, umbúðum og öllu öðru eins og segir hér að framan.

MS telur umfjöllun Samkeppniseftirlitsins um minnisblað kaupfélagsstjóra KS óljósa. Ekki er unnt að fallast á það. Af framangreindu má skýrlega sjá að KS fór ekki varhluta af ávinningi sem stafaði af verkaskiptingu við MS. Það fólst m.a. í því að fá til sín rifostagerðina af OSS í staðinn fyrir að framleiða ferskvöru með lága framlegð enda jókst framlegð KS af verkaskiptingunni verulega næstu árin og varð mun hærri en hjá MS eins og sjá má í töflu 14. Auk þess fékk KS hrámjólk til vinnslu annarra mjólkurafurða keypta hjá MS á allt að 15% lægra verði en öðrum stóð til boða. Er þetta til stuðnings því að sala MS á hrámjólk á hinu lága verði til KS hafi ekki verið „óhjákvæmilegur þáttur“ í verkaskiptingu eða samstarfi skv. 71. gr. búvörulaga.

<sup>104</sup> Samkvæmt sundurliðun sölutekna Mjólku I og Mjólkurbúsins sem barst Samkeppniseftirlitinu með tölvupósti þann 23. mars 2015.



#### 7.6 Kredit sölureikningur KS til MS frá 28. febrúar 2010 o.fl.

Í kredit sölureikningi KS til MS frá 28. febrúar 2010 segir eftirfarandi um 25 m.kr. greiðslu til MS:

*„Eingreiðsla. Samhliða sérstöku samk.lagi um nánari framkv. verk- og framlegðarskiptingar er frá upphafi árs 2010, endurgr. KS vegna rekstrarársins 2009 framlag upp í dreifin (svo) og markaðskostnaðar MS.“*

Um þessa greiðslu KS til MS segir í fylgiskjali 2 með bréfi MS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. janúar 2015:

*„Við yfirferð framlegðar I fyrir árin 2007-2009 sést að hlutfallsleg framlegðarjöfnun I er að þróast KS í hag og einnig að fyrirséð er veruleg veltuaukning hjá KS vegna hratt vaxandi markaðar í rifosti. KS greiddi MS kr. [ ]<sup>105</sup> m.kr.“ (Undirstrikun Samkeppniseftirlitsins)*

Sem fyrr byggði framangreind greiðsla ekki á útreikningum um framlegðarjöfnun heldur grundvallaðist hún á væntingum um veltuaukningu KS. Á þessum tíma var Mjólka I komin í hendur KS og engin samkeppni fyrirsjáanleg í framlegðarháum vörum eins og rifosti. Í athugasemdum sínum frá 12. janúar 2016 mótmælir MS því að rifostur sé framlegðarhá vara og vísar í fyrri útskýringar þess efnis. Þær útskýringar kannast Samkeppniseftirlitið ekki við en bendir á að KS hafði verulegan ávinning af því að taka við rifostadeild OSS af MS eins og framfar segir, auk þess að njóta hagræðis í birgðahaldi með því að fá hráefnið frá MS og aðgang að sölukerfi félagsins. Sá ávinningur kemur m.a. fram í framlegð KS sem var mun hærrí en MS, sbr. nánar hér síðar. Hafa ber í huga hér að Mjólka I var að auka markaðshlutdeild sína á markaði fyrir rifost í viðskiptum sínum við m.a. Dominos. Í markaðsáætlun MS á árinu 2008 og 2009 var tekið fram að samkeppnisleg ógn stafaði af Mjólku I sem sérhæfði sig í framleiðslu á framlegðarháum vörum þ.m.t. rifosti. Tæpum tveimur mánuðum eftir að Mjólka I var komin í hendur KS var framangreindur kreditreikningur gefinn út vegna fyrirsjáanlegrar veltuaukningar KS í rifosti þar sem engin samkeppni var þá til staðar. Viku síðar, eða 2. mars 2010, lögðu MS og KS síðan á ráðin um að hækka verð á rifosti og svokölluðum „*frjálsum vörum*“, sbr. nánar hér á eftir.

Framangreind greiðsla KS til MS var hluti af fyrirhugaðri verðhækkun á rifnum osti sem myndi skila MS auknum umboðslaunum frá KS vegna sölu á þeirri afurð á markaði. Sú áætlun var hluti af uppgjöri MS og KS á hagnaði félaganna fyrir fjármagnskostnað og afskriftir (EBITDA) sem fylgdi með tölvupósti forstjóra MS til innri endurskoðanda félagsins þann 27. febrúar 2010 eða degi áður en framangreindur kredit reikningur var gefinn út. Uppgjörið varð grundvöllur að nýju samkomulagi um verkaskiptingu og framlegð sem gert var 2. mars 2010, sbr. nánar hér síðar.

MS hefur sett fram sjónarmið sem miða að því að draga úr þýðingu eða sönnunargildi m.a. umrædds tölvupósts frá 27. febrúar 2010. Er sagt að hann sé „*ígildi nokkurskonar minnismiða*“ og um sé að ræða innanhússamskipti þar sem aðeins sé verið að velta upp ólíkum möguleikum til þess að jafna framlegð milli MS og KS. Samkeppniseftirlitið bendir á að um er að ræða tölvupóst forstjóra MS til innri endurskoðanda sem sendur var deginum

---

<sup>105</sup> Trúnaðarmál.



áður en umræddur kredit sölureikningur KS var gefinn út og varðar sama málefni. Í tölvupóstinum er einnig að finna drög að samkomulagi við KS sem undirritað var nokkrum dögum seinna, þ.e. 2. mars 2010. Efni tölvupóstsins er trúverðugt og í honum er að finna m.a. tillögu að verðhækkun MS og KS sem tekin var upp í samningnum frá 2. mars 2010. Samkeppniseftirlitið telur því rétt og málefnalegt að hafa hliðsjón af þessu gagni við mat á atvikum málsins.

Í umræddum tölvupósti forstjóra MS frá 27. febrúar 2010 segir:

*„Ég er í erfiðleikum með tölvuna hér heima og hef ekki getað klippt viðhengi inn í nóturnar. Set þess vegna með sem mynd útfærslu á skjalinu sem þú sendir mér. Þar kemur í ljós að af gefnum þessum forsendum um tekjur og kostnað þyrftu um [ ]<sup>106</sup> m. að færast á milli til að hlutdeild í EBITDA væri jöfn. Ég hef ákveðinn skilning á að ekki hafi verið miðað við EBITDA í upphafi vegna þess að kostnaður í MS kerfinu var áreiðanlega hærri en í KS kerfinu í upphafi samstarfs. Hins vegar hlýtur einhver jöfnuður af þessu tagi að vera markmiðið.*

*Við erum ekki búnir að finna leiðina, en í samtölum í gær komu upp nokkrar hugmyndir um leiðir til meiri jafnaðar. Ég þyrfti að koma þeim í einhvern búning í dag og set það sem komið er á blað frá okkur og KS hér fyrir neðan excel myndina. Af okkar hálfu er meginatriðið að viðbótarframlegð 1 komi til okkar og að framlegðaráföllum sé deilt á báða. Mér sýnist að sama hvernig reiknað er hafi enn hallað á KS eftir 2009. Hluti af þessu yrði líka að slegið yrði striki yfir allt slíkt.*

*Hér er þá myndin. Neðst í henni er heildarebitda og hlutfallsskipting mv þennan kostnað. Markmið með excelmyndinni er að fá tilfinningu fyrir þeim upphæðum sem um er að ræða. Fyrir neðan myndina (svo) eru fyrstu drög að texta sem gæti verið inntak í samkomulagi um 2010 og 2011. Ég sendi þér þetta allt á vinnslustigi og það þarf ábyggilega að huga vel að ákvæðum textans svo þetta virki eins og til er ætlast." (Undirstrikun Samkeppniseftirlitsins)*

Eins og fram kemur í tölvupósti forstjóra MS var markmiðið að jafna heildarafkomu í mjólkuriðnaði á milli MS og KS óháð þeirri verkaskiptingu sem kann að hafa verið í gildi. Þetta sýnir að fjárhagslegt uppgjör viðskipta með hráefni og fullunnar vörur samkvæmt 4. gr. samkomulagsins frá júlí 2008 og endurskoðunarákvæði um forsendur framlegðarútreikninga skv. 5. gr. samkomulagsins miðaðist ekki við verkaskiptinguna sem slíka heldur hvernig heildarafkomu greinarinnar væri skipt á milli MS og KS eftir eignarhaldi í MS. Það sést best í eftirfarandi Excel mynd sem fylgdi tölvupósti forstjóra MS frá 27. febrúar 2010:

---

<sup>106</sup> Trúnaðarmál.





**Tafla 12. Afkomujöfnun MS og KS óháð verkaskiptingu, sbr. samkomulagið frá júlí 2008<sup>107</sup>**

	Áætlun MS 2010	Endurraðaður rekstrarreikningur	KS 2010 Byggt á áætlun MS 2010 og framreikningi 2009	KS 2010 Miðað við 10% afslátt í báðar áttir
Rekstrartekjur	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Birgðabreyting				
Aðrar tekjur	[ ]			
<b>Samtals</b>	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Mjólkurkaup af bændum	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Vörukaup til endursölu	[ ]	[ ]		
Hjálpar- og íblöndunarefni	[ ]	[ ]		
Umbúðir	[ ]	[ ]		
Annar framleiðslukostnaður	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Laun og launatengd gjöld	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Aðkeyptur akstur	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Rekstur flutningatækja	[ ]	[ ]		
Rekstur fólksbíla	[ ]	[ ]		
Orkukostnaður	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Húsnæðiskostnaður	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Viðhaldskostnaður	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Tækni- og ráðgjafþjónusta	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
skrifstofukostnaður	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Markaðskostnaður	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Tryggingar	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Annar kostnaður	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
<b>Samtals</b>	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
<b>Hagnaður fyrir afskriftir</b>	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
<b>Heildar EBITDA</b>		[ ]		
<b>MS</b>		<b>90%</b>		
<b>KS</b>		<b>10%</b>		

Fyrir neðan Excel myndina í tölvupóstinum var tillaga um nýtt samkomulag sem unnið var sameiginlega af MS og KS (þ.e. eins og segir tölvupóstinum; „það sem komið er á blað frá okkur og KS“):

**„Samkomulag um verkaskiptingu og framlegð**

<sup>107</sup> Fjárhæðir í töflu er trúnaðarmál.



Samkomulag milli Mjólkursamsölunnar (MS) kt. 540405-0340 Bitruhálsi 1, 110 Reykjavík og Kaupfélags Skagfirðinga (KS) kt. 680169-5009, Ártorgi 1, 550 Sauðárkróki, varðandi verka- og framlegðarskipti milli KS og MS. Aðilar eru sammála um eftirfarandi: Að samningur félaganna frá 15. júlí 2008 um framlegðar- og verkaskipti gildi en taki eftirfarandi breytingum. Aðilar ítreka jafnframt það sem kemur fram í samningnum frá 2008 að hann hafði þann tilgang að „... þeir lögaðilar sem standa að eignarhaldi og rekstri MS ehf. hafi sambærilega rekstrarafkomu við vinnslu mjólkur, óháð þeirri verkaskiptingu afurðastöðva eins og hún kann að verða ákveðin hverju sinni með hagsmuni greinarinnar að leiðarljósi.“

1. Að til grundvallar verka- og framlegðarskiptingu fyrir árin 2010 og 2011 verði lagt til grundvallar framkvæmd samnings frá 2009. KS framleiðir osta, viðbit og rifost úr hráefni frá KS og MS, auk þess sem KS fær mjólkurhráefni frá MS-svæðinu, allt að 3,5 milljónum lítra til að jafna afkomu sem félagið hefur misst við nýja verkaskiptingu.
2. Óbreytt verði samkomulag frá 26.02.2009 um að sölubóknun til KS á árunum til og með 2001 (svo) skuli vera að hámarki [ ]<sup>108</sup> milljónir króna og breytast í samræmi við breytingar á vinnslu- og dreifingarkostnaði mjólkur, eins og hann ákvarðast af verðlagsnefnd búvöru hverju sinni.
3. Þrátt fyrir liði nr. 1 og 2 gildir eftirfarandi með það að markmiði að hækka hlutdeild MS í heildarframlegð greinarinnar.
  - a. Framlegðarhækkun í greininni á samningstímanum á vörur sem framleiddar eru hjá MS gengur til MS á samningstímanum og kemur ekki til útreiknings í framlegðarskiptum fyrir árin 2010 og 2011.
  - b. Markaðshækkun á rifnum osti sem framkvæmd verður fyrir lok júní 2009, ca. 2 – 4% verður notuð til að hækka sölulaun KS til MS (sértæk hækkun). Markmiðið er að skila MS [ ]<sup>109</sup> m. kr. framlegðarhækkun á heilu ári vegna þessa. Að því marki sem þetta tekst ekki vegna þess hve langan tíma tekur að leiða áhrif þessarar verðhækkunar í gegn skal KS greiða MS sérstaka markaðsgreiðslu kr. [ ]<sup>110</sup> fyrir árið 2010.
  - c. Allar markaðshækkanir á framleiðsluvörum gangi til framleiðsluaðila að öðru leiti (svo).
4. Verði framlegðarlækkun (framlegð 1) á samningstímanum deilist hún á aðila samkomulagsins í hlutfalli við mjólkurvinnslu þeirra.
5. Samkomulag um framangreind atriði gildir til ársins 2011." (Undirstrikun Samkeppniseftirlitsins)

Samkvæmt þessari tillögu var þannig lagt til grundvallar að heildarafkomu greinarinnar væri skipt á milli MS og KS. Í athugasemdum sínum frá 12. janúar 2016 mótmælir MS öllum „tilraunum“ Samkeppniseftirlitsins til þess að gera „þá nauðsynlegu jöfnun framlegðar sem fór fram samkvæmt samkomulagi aðila á grundvelli 71. gr. búvörlaga tortryggilega ...“ Ekki séu nokkur rök fyrir því að heildarafkomu greinarinnar hafi verið skipt milli MS og KS eftir eignarhaldi í MS. Þess í stað hafi jöfnun á framlegð alltaf miðast

<sup>108</sup> Trúnaðarmál.

<sup>109</sup> Trúnaðarmál.

<sup>110</sup> Trúnaðarmál.



við hlutfall mjólkurvinnslu aðila til að báðir aðilar hafi hag af þeirri verkaskiptingu sem komið hafi verið á. MS bendir og á að það komi í hlut afurðastöðvar að framleiða ýmist framlegðarháar og framlegðarlágar vörur að teknu tilliti til þess sem hagkvæmast sé með tilliti til ýmissa þátta. Í því sambandi tekur MS fram að ostur sé 10 sinnum léttari en sú mjólk sem í hann fari og að kostnaður við flutning á osti frá samlagssvæði KS í Skagafirði til suðvesturhorns landsins, þar sem 70-80% markaðarins sé staðsettur sé því mun lægri en kostnaður við flutning á ferskvörum sömu leið.

Samkeppniseftirlitið tekur undir framangreint sem lýsir ávinningi KS af verkaskiptingunni sem auk þess fékk m.a. keypta hrámjólk af MS til þeirrar ostagerðar á lágmarksverði til bænda. Eins og frammar segir seldi MS mozzarellaost til KS og greiddi fyrir flutning á honum frá Egilsstöðum til Sauðárkróks, en KS greiddi fyrir flutning á rifosti sem unninn var úr mozzarellaosti til dreifingarmiðstöðvar MS í Reykjavík, sbr. samkomulag KS og MS, dags. 12. mars 2009. Það ætti því ekki að koma MS á óvart að framlegð KS af verkaskiptingunni var mun meiri en hjá MS. Þá var það skýrlega lagt til grundvallar í framangreindu samtímagagni forstjóra MS (sem byggði á samskiptum við KS) að heildarafkoma greinarinnar sé skipt á milli MS og KS eftir eignarhaldi í MS. Staðhæfingar MS um annað nú geta ekki breytt þessu.

Eins og má sjá í framangreindu gagni frá forstjóra MS þurfti að hækka framlegð MS vegna verkaskiptingar í framleiðslu en ekki öfugt eins og MS hefur ítrekað haldið fram gagnvart bæði Samkeppniseftirlitinu og áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Í tölulíð 3.b í framangreindri tilvitnun má finna skýringu á áður nefndum kreditreikningi KS til MS. Sá reikningur tengist sameiginlegri ákvörðun MS og KS um verðhækkun á rifnum osti og skýra má sem fyrirfram greidd umboðslaun til MS vegna sölu á rifosti frá KS að teknu tilliti til hækkunar markaðsverðs.

Í tölvupósti frá forstjóra MS til innri endurskoðanda félagsins, dags. 28. febrúar 2011, segir ennfremur:

*„Til viðbótar þessum pælingum mætti síðan taka eitthvað mið af því sem er útistandandi í upphafi árs milli félaganna, sem fer auðvitað eftir því á hvaða forsendum er reiknað. En einhvers staðar er það á bilinu [ ]<sup>111</sup> m í framlegð 1 KS í óhag. Því yrði eytt með samkomulagi og kæmi þá til lækkunar í útreikningum á tveimur árum (2010 og 2011). Ég ætla að setjast aðeins yfir þetta og verð svo í sambandi í kringum hádegi“*

Í athugasemdum MS frá 12. janúar 2016 telur félagið að sjá megi af tölvupósti forstjóra MS þann 28. febrúar 2011 að ályktanir eftirlitsins um að hækka hafi þurft framlegð MS en ekki KS stangist á hvor við aðra. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þetta enda kemur skýrt fram hér að framan (og nánar hér síðar) að framlegð MS var mun lægri en hjá KS, sbr. töflu 13. Eins og sjá má af tölvupóstinum sem MS vísar til hér að framan koma fram breyttar forsendur þar sem gerð var tilraun til þess að taka mið af útistandandi kröfum milli félaganna. Eins og gefur að skilja þá hafa útistandandi kröfur ekkert með framlegð að gera og því síður hina eiginlegu verkaskiptingu. Síðar sama dag þann 28. febrúar 2010

---

<sup>111</sup> Trúnaðarmál.



barst annar tölvupóstur frá forstjóra MS til innri endurskoðanda félagsins sem hafði að geyma Excel skjal en í því segir eftirfarandi:

*„Set dæmið þannig upp að KS leggi fram [ ]<sup>112</sup> af sölu- og dreifingarkostnaði og töpuðum kröfum [ ]<sup>113</sup> millj sem komi til lækkunar á vörukaupum (afsláttur frá KS). Síðan eru 3% hækkun á „frjálsum vörum“ hálf t. árið 2010 [ ]<sup>114</sup> millj sem eykur tekjur MS eingöngu. Þá eru komnir nýir rekstrarreikningar fyrir árið 2010, þar sem EBITDA-n er farin að nálgast að vera 90/10.“ (Undirstrikun Samkeppniseftirlitsins)*

Í kjölfar þessa var undirritað nýtt samkomulag um verkaskiptingu og framlegð á milli MS og KS, dags. 2. mars 2010, sem byggði á framangreindri greiningu og framkvæmd en þar segir m.a.:

*„Markaðshækkun á rifnum ostum skal framkvæmd fyrir lok júní 2010 um ca. 4% og gengur hún til KS enda er búið að semja um hækkun á sölukostnaði [ ]<sup>115</sup>, (sértæk hækkun).“*

MS mótmælir því að lagt hafi verið á ráðin um að hækka verð á rifosti og svokölluðum frjálsum vörum eins og frammar er lýst og tekur fram að engar verðhækkningar á heildsöluverði hafi átt sér stað hjá MS á árinu 2010. Samkeppniseftirlitið tekur fyrst fram að samið var um þessa hækkun milli MS og KS eins og samningurinn frá 2. mars skýrlega ber með sér. Til viðbótar bendir eftirlitið á að framangreindar verðhækkningar komu til framkvæmda í nýrri verðskrá MS þann 1. febrúar 2011 sem hafði að geyma almennar verðhækkningar á frjálsum vörum, þ.m.t. mozzarellaosti (21%, rifinn 2 kg) sem hækkaði um 4,4%.<sup>116</sup> Í tölulíð 3.b í samkomulaginu hér að framan er sérstaklega vísað til þess að langan tíma kunni að taka að leiða áhrif framangreindrar verðhækkunar í gegn og voru þá gerðar sérstakar ráðstafanir til að flýta ávinningi MS vegna þeirra. Hafa ber og í huga að framangreind verðhækkun á rifnum osti og öðrum mjólkurvörum á sér stað þegar Mjólk I var hætt að veita MS og KS samkeppni enda komin í hendur KS. Fjallað verður um framangreint samkomulag nánar hér á eftir.

#### 7.7 Samkomulag um verkaskiptingu og framlegð, dags. 2. mars 2010

Samkomulagið hljóðar svo:

*„Samkomulag milli Mjólkursamsölnnar (MS) kt. 540405-0340 Bitruhálsi 1, 110 Reykjavík, Auðhumlu (AH) svf., kt. 460269-0599. Austurvegi 65, 800 Selfossi og Kaupfélags Skagfirðinga (KS) kt. 680169-5009, Ártorgi 1, 550 Sauðárkróki, varðandi verka- og framlegðarskipti milli KS og MS.“*

<sup>112</sup> Trúnaðarmál.

<sup>113</sup> Trúnaðarmál.

<sup>114</sup> Trúnaðarmál.

<sup>115</sup> Trúnaðarmál.

<sup>116</sup> Sjá: [http://wayback.vefsafn.is/wayback/20110401163529/http://www.ms.is/resources/Files/ms\\_is/Verdlisti-01.03.2011.pdf](http://wayback.vefsafn.is/wayback/20110401163529/http://www.ms.is/resources/Files/ms_is/Verdlisti-01.03.2011.pdf) og [http://wayback.vefsafn.is/wayback/20101121120918/http://www.ms.is/resources/Files/ms\\_is/Verdlisti-26.10.2010.pdf](http://wayback.vefsafn.is/wayback/20101121120918/http://www.ms.is/resources/Files/ms_is/Verdlisti-26.10.2010.pdf)



Með samningi aðila um verkaskiptingu frá 15. júlí 2008 og með samningi frá 26 febrúar 2009 er lagður grunnur um verkaskiptingu samningsaðila til aukinnar einföldunar og til hagræðingar fyrir báða aðila.

**Aðilar eru sammála um eftirfarandi:**

1. Að leggja til grundvallar verka- og framlegðarskiptingu frá upphafi árs 2010 og á samningstímanum eins og hún var framkvæmd árið 2009. KS framleiðir osta, viðbit og rifost úr hráefni frá KS og MS, auk þess sem KS fær mjólkurhráefni frá MS-svæðinu upp á 2,5 til 3,5 milljónir lítra árlega.
2. Að reiknuð hráefnisvöntun fyrir árin 2007-2009 til KS frá MS sé talin uppgerð við upphaf árs 2010. KS lýsir því yfir að félagið geri ekki fjárhagslega kröfu á MS vegna vöntunar á hlutfallslegri framlegð vegna árána 2007, 2008 og 2009.
3. Óbreytt verði samkomulag frá 26.2.2009 um að sölubóknun KS á árunum til og með 2011 skuli vera að hámarki [ ]<sup>117</sup> milljónir með breytingum. En um það er nú samkomulag að þessi tala verði hækkuð í [ ]<sup>118</sup> milljónir fyrir árið 2010 og greiðst (svo) mánaðarlega. Eftir árið 2010 tekur hún breytingum frá [ ]<sup>119</sup> millj. kr í samræmi við breytingar á vinnslu- og dreifingarkostnaði mjólkur, eins og hann ákvarðast af verðlagsnefnd búvöru hverju sinni, (viðmiðunardagur 1. janúar 2010).
4. Þrátt fyrir lið nr. 1 og 3 gildir eftirfarandi með það að markmiði að hækka hlutdeild MS í heildarframlegð greinarinnar.
  - a. Framlegðarhækkun I í greininni á samningstímanum af vörum sem framleiddar eru hjá MS gengur til MS á samningstímanum. Markmiðið er að hækka hlutdeild MS í heildarframlegð greinarinnar.
  - b. Markaðshækkun á rifnum ostum skal framkvæmd fyrir lok júní 2010 um ca. 4% og gengur hún til KS enda er búið að semja um hækkun á sölukostnaði [ ]<sup>120</sup>, (sértæk hækkun).
  - c. Allar markaðshækkanir á framleiðsluvörum ganga til framleiðsluaðila.
5. Samkomulag þetta gildir til ársloka 2011 og er eftir það uppsegjanlegt af beggja hálfu með 6 mánaða fyrirvara. Verði forsendubrestur á markaði til dæmis vegna óhagstæðra breytinga á hráefnisverði eða með inngöngu Íslands í Evrópusambandið verða samningar þessir teknir til endurskoðunar." (Undirstrikun Samkeppniseftirlitsins)

Í samkomulaginu er gert ráð fyrir því að KS framleiði osta, viðbit og rifost úr hráefni frá bæði KS og MS þannig að verkaskiptingin var ekki með þeim hætti að KS hætti alfarið framleiðslu á rifosti úr eigin hráefni. Þá var einnig gert ráð fyrir að sala MS á hrámjólk til

<sup>117</sup> Trúnaðarmál.

<sup>118</sup> Trúnaðarmál.

<sup>119</sup> Trúnaðarmál.

<sup>120</sup> Trúnaðarmál.



KS kæmi frá söfnunarsvæði MS og var hlutur bænda í flutningskostnaði, sem dreginn er af lágmarksverði til þeirra, látinn duga á móti þeim kostnaði, sbr. bréf MS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. janúar 2015. Það bendir til þess að MS hafi niðurgreitt flutningskostnað á hrá mjólk til KS enda hefur MS fullyrt að sá hlutur bænda hafi einungis numið 40% af flutningskostnaði MS/Auðhumlu, sbr. nánar hér síðar.

Eins og frammar greinir var markmið MS og KS að skipta afkomu greinarinnar út frá EBITDA hlutfalli (heildarframlegð) þannig að hún félli 90% í hlut MS og 10% í hlut KS eða í sama hlutfalli og eignarhlutur Auðhumlu og KS í MS enda á þessum tíma engin samkeppni lengur á markaði þar sem Mjólk I var nú komin í hendur KS. Ljóst er að með tilvitnun í „frjálsar vörur“ er átt við mjólkurafurðir MS sem ekki voru verðlagðar af verðlagsnefnd búvara. Um framangreint segir í skýringu MS til Samkeppniseftirlitsins (ekki samtímagagn) um þá tölvupósta sem fylgdu bréfi félagsins til eftirlitsins, dags. 28. janúar 2015:

*„Hér fylgja gögn, sem að mestu er úr tölvupóstum milli starfsmanna MS. Þeir hafa margir ígildi nokkurskonar minnismiða eða óformlegra vinnuskjala þar sem verið er að henda á milli hugmyndum um nýjar útfærslur á samstarfi fyrirtækjanna (MS og KS). Þessi yfirferð hefst 15. febrúar með innanhúspóstum þar sem því er m.a. velt upp að fyrirtækin ættu að þróa framlegðarjöfnun með nýjum hætti og í raun sameina rekstrarábyrgð (EBITDA). Meðal gagna eru útfærslur sem sýna mismunandi niðurstöður miðað ólíkar (svo) forsendur sem miðað var við. Þessari nálgun var hafnað og áfram miðað við hlutfallslega jöfnun framlegðar 1, en niðurstaða þessara umræðna er m.a. samkomulagið sem gert var 2. mars 2010.“*

Þess ber að geta að engin önnur samtímagögn bárust frá MS sem draga úr gildi tölvupósts forstjóra félagsins frá 27. febrúar 2010 eða sýna að horfið hafi verið frá þeirri aðferðafræði sem lögð er til grundvallar í honum. MS gerir athugasemd við framangreint í sjónarmiðum sínum frá 12. janúar 2016 og vísar til þess sem segir í 1. tl. í samkomulaginu frá 2. mars 2010 að verkaskiptingin skuli vera með sama hætti og áður eins og MS orðar það.

Samkeppniseftirlitið getur ekki séð hverju 1. tl. í samkomulaginu frá 2. mars 2010 breyti því sem fram kemur í framangreindum tölvupósti frá 27. febrúar 2010 enda efnislega samhljóða því sem þar segir. Eins ber að áréttast að í 1. tl. í samkomulaginu frá 2. mars 2010 segir að leggja skuli til grundvallar verka- og framlegðarskiptingu frá upphafi árs 2010 eins og hún var framkvæmd árið 2009. Ekki var þar vísað í framkvæmd á grundvelli samkomulagsins frá júlí 2008 sem MS lagði fyrir áfrýjunarnefnd. Þess í stað skyldi nú byggja á þeirri framkvæmd sem fram komi í samningum sem síðar voru gerðir og byggja á meðferð umboðslauna (sölubóknunar) og markaðshækkunum mjólkurvara. Þá bárust heldur engin samtímagögn frá KS þar sem sameiginleg tillaga MS og KS, sem að framan er lýst, var hafnað enda ratar afkomujöfnun í gegnum afurðaverð í samkomulagi frá 2. mars 2010 þar sem kveðið er á um 4% hækkun á markaðsverði á rifnum osti. Sú verðhækkun, sem kom til framkvæmda þann 1. febrúar 2011, átti að ganga til KS en á sama tíma var samið um hækkun á umboðslaunum til MS (þ.e. úr [ ]<sup>121</sup> milljónir kr.) sem var sértæk hækkun vegna innbyrðis viðskipta með mjólkurafurðir. Auk þess var tekið fram í lið 4.c í samkomulaginu að allar markaðshækkunir á framleiðsluvörum gangi til

---

<sup>121</sup> Trúnaðarmál.



framleiðsluaðila, sbr. fyrirhuguð markaðshækkun á „frjálsum vörum“ sem getið er um hér að framan. Það bendir til þess að almennt hafi heildartekjum og afkomu á milli félaganna verið skipt frekar en að um hafi verið að ræða framlegðarskipti af verkaskiptingu í framleiðslu á tilteknum afurðum.

Framangreindu til staðfestingar er tölvupóstur frá framkvæmdastjóra Mjólku II til m.a. forstjóra MS, dags. 20. október 2010, (fskj. nr. 8 frá Mjólku II) í tengslum við samningsdrög um útvistun á framleiðslu á skyrdesertum/tertum til MS en þar segir m.a.:

*„Ég er búinn að renna yfir samningsdrögin og þau eru að langmestu leyti í lagi... Það er mín sannfæring að við eigum ekki að beita þeirri aðferð sem við vorum að vinna með á fundinum varðandi verktakaverðin, þ.e. að vinna út frá söluverði afurðanna. Ég tel að með því værum við að óþörfu að setja félögin í hættu á að baka sér refsiaþbyrgð þar sem það gæti hugsanlega verið álitamál hvort slíkt verklag félli undir heimildir okkar í Búvörulögum til að vinna sameiginlega að því að lækka kostnað í greininni. Þeir dómur sem hafa fallið á liðnum vikum í málum smásala og kjötframleiðenda eru með þeim hætti að það borgar sig að hafa fast land undir fæti.“*

MS tekur fram í athugasemdum sínum frá 12. janúar 2016 að félagið geti ekki séð hvaða þýðingu framangreindur tölvupóstur Mjólku II hafi í tengslum við framangreint. Bent er á að ákvæði í 4. tl. b í samkomulagi frá 2. mars 2010 eigi við um hækkanir á verði frá KS til MS og vísar MS til staðfestingar á því að heildsöluverð félagsins hafi ekki hækkað á árinu 2010.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á framangreinda skýringu enda stóð MS fyrir almennum verðhækkunum á markaðnum, þ.m.t. á rifosti, í byrjun febrúar 2011 eins og framar segir. Þá er í framangreindum tölulíð vísað til almennrar verðhækkunar á markaðnum en ekki hækkunar á verði frá KS til MS líkt og MS heldur fram. Þrátt fyrir framangreindan tölvupóst þá bárust engin samningsdrög eða endanlegur samningur milli MS og Mjólku II til Samkeppniseftirlitsins þrátt fyrir beiðni um samtímagögn í bréfi eftirlitsins til MS og Mjólku II í tengslum við sölu MS á hrámjólk til félagsins. Í bréfi KS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 12. febrúar 2015, segir:

*„Mjólka hefur ekki gerst formlegur aðili að tilvitnuðu samkomulagi KS og MS, dags. 15. (misritað 18.) júlí 2008 um verkaskiptingu og framlegðarskipti.“*

Hafa ber í huga að framangreindur tölvupóstur frá Mjólku II til MS var sendur rúmum átta mánuðum seinna en samkomulagið sem undirritað var milli MS og KS þann 2. mars 2010. Þrátt fyrir það bárust engir tölvupóstar eða önnur samtímagögn frá MS eða KS þar sem tekið er undir framangreind sjónarmið Mjólku II um leiðréttingu eða afturköllun á þeirri aðferðafræði að nota markaðsverð til að jafna afkomu á milli félaganna eins og gert var ráð fyrir í framangreindu samkomulagi milli MS og KS.

#### 7.8 Minnispunktur MS og KS frá 28. apríl 2010

Í undirrituðum minnispunktum MS og KS frá 28. apríl 2010 kemur fram að KS ætli að selja Arnes ehf. (Arnes, félag í eigu KS) 19,3% hlut Mjólku II í VBM Holding ehf. Um var að ræða kauprétt á eftirstöðvum hlutfjár í Mjólku I í eigu VBM Holding en það félag var og er enn



í eigu stofnanda Mjólku I. Fram kemur að „samkomulag um að verkaskiptingu og framlegð“ eins og segir í samkomulagi frá 2. mars 2010 gildi til ársloka 2015 í stað ársloka 2011. Umboðslaun KS til MS í samkomulagi frá 2. mars 2010 eru lækkuð í [ ]<sup>122</sup> milljónir frá 1.5.2010. Það þýðir að fyrir árið 2010 yrði umboðslaun KS [ ]<sup>123</sup>.

Eins og fyrr segir kemur fram í bréfi KS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 12. febrúar 2015, að [ ]<sup>124</sup> milljón kr. umboðslaun MS á ári (frá árinu 2010 til ársins 2012) hafi verið ætluð á móti kauprétti á Mjólku II og framleiðslutilfærslu. Í sama bréfi segir að MS hafi ekki nýtt sér kaupréttinn og að hlutirnir væru því að fullu í eigu KS.

Er þetta til stuðnings því að MS hafi felld niður umboðslaun KS að fjárhæð [ ]<sup>125</sup> milljónir kr. sem ekki gengu upp í umrædd kaup MS á Mjólku II og Vogabæ heldur verið stuðningur MS til KS til framleiðslu og sölu á framlegðarháum mjólkurvörum (þ.e. framleiðslutilfærslu, eins og KS orðar það).

#### 7.9 Undirritaður viðaukasamningur af KS eingöngu, dags. 24. júní 2010

Hér er um að ræða samkomulag um að gildistími samnings frá 2. mars 2010 framlengist til ársloka 2015. Nýtt samkomulag um að sölubóknun KS til MS verði 90 milljónir kr. miðað við 2010. Fastsett er að hrámjólkurmagn frá MS til KS út samningstímann skuli vera 3,5 milljónir lítra árlega frá og með árinu 2010.

Öll önnur ákvæði samnings frá 2. mars 2010 standa óbreytt og þar með talin verkaskipting milli aðila eins og hún var þar tilgreind. Fram kemur að verði forsendubrestur fyrir óbreyttu samstarfi félaganna með t.d. inngöngu Íslands í ESB sé hvorum aðila um sig heimilt að óska eftir endurskoðun samningsins.

#### 7.10 Viðauki frá 27. ágúst 2010 og skuld KS við MS afskrifuð

Þann 27. ágúst 2010 var gerður viðauki við samning MS og KS frá 28. apríl 2010. Í viðaukanum felst að umboðslaun (sölubóknun) að fjárhæð [ ]<sup>126</sup> milljónir kr. á mánuði, er KS var gert að greiða til MS samkvæmt samningi frá 28. apríl 2010, skuli felld niður á tímabilinu 1. janúar 2010 til 31. desember 2012. Var þetta sagt vera hluti af heildarsamkomulagi MS og KS. Framkvæmdin átti að vera þannig að frá og með 1. ágúst 2010 hætti KS að greiða mánaðarlega [ ]<sup>127</sup> milljónir kr. til MS [ ]<sup>128</sup>. MS endurgreiði KS síðan fyrstu átta mánuði ársins 2010 [ ]<sup>129</sup> milljónir kr. Allar tölur eru án vsk.

Skýring MS á þessum endurgreiðslum sem fylgdi bréfi félagsins til Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. janúar 2015, (fskj. 1, ekki samtímagagn) var eftirfarandi:

*„Samhliða þessum flutningum á verkefnum til MS gerðu aðilar viðauka við samninginn frá 28. apríl 2010, dags. 27. ágúst og 3. september 2010 (fylgiskjal*

<sup>122</sup> Trúnaðarmál.

<sup>123</sup> Trúnaðarmál.

<sup>124</sup> Trúnaðarmál.

<sup>125</sup> Trúnaðarmál.

<sup>126</sup> Trúnaðarmál.

<sup>127</sup> Trúnaðarmál.

<sup>128</sup> Trúnaðarmál.

<sup>129</sup> Trúnaðarmál.





21), þar sem Auðhumla/MS nýtir [ ]<sup>130</sup> m.kr. sölubóknun KS til MS til að greiða fyrir kauprétt sem ákveðið var að nýta í Vogabæ og Mjólku II og vísað er til hér að framan. Hér var verið að formfesta kaupréttinn og greiða fyrir það framtíðarhagræði sem MS nyti af flutningi verkefnanna eins og fram kemur á óundirrituðu minnisblaði frá 10. mars 2010."

Samkeppniseftirlitið bendir á að í tilvitnuðum viðaukum MS, dags. 27. ágúst og 3. september 2010, og í minnisblaði (ódagsett en líklega frá 10. mars 2010) er hvergi minnst á kauprétt Auðhumlu/MS í Mjólku II/Vogabæ.

Á kaupréttinn var hins vegar minnst í minnisblaði MS og KS, dags. 31. ágúst 2010, sem hafði að geyma samkomulag um kauprétt MS á 50% af hlutfé í Torfgarði ehf. og Arnas ehf. (Vogabær og Mjólka) af KS, sbr. umfjöllun hér að framan.

Hvergi í minnisblaðinu er tiltekið að eftirgjöf á umboðslaunum (sölubóknun) KS til MS væri hluti kaupanna eins og fram kemur í skýringum MS hér að framan. Þá segir KS auk þess í bréfi til Samkeppniseftirlitsins, dags. 12. febrúar 2015, að Mjólka II sé enn að fullu í eigu KS þrátt fyrir yfirlýstan vilja MS um að nýta kauprétt sinn í félaginu. Ekkert hafi því orðið af kaupunum ennþá og því væri Mjólka II ennþá að fullu í eigu KS eins og segir í framangreindu bréfi KS til Samkeppniseftirlitsins.

Mjólkurbúið hélt því fram eftir að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 26/2014 var birt að MS hefði endurgreitt KS 50 milljónir kr. vegna þess að Mjólka I hefði greitt of hátt verð fyrir hrámjólk á árinu 2009, þ.e.a.s. áður en félagið komst í eigu KS. Í bréfi Samkeppniseftirlitsins til MS, dags. 19. desember 2014, var sérstaklega óskað upplýsinga um það hvort KS eða Mjólku II hafi verið bætt upp með einhverjum hætti verðlagning MS á hrámjólk til Mjólku I á árinu 2009 (t.d. með kreditnótum, markaðsstuðningi, niðurfellingu skulda, endurgreiðslu eða með öðrum hætti).

Í svari MS kom fram að engar greiðslur eða ígildi þeirra hafi farið frá MS til KS eða Mjólku II vegna viðskipta sem MS átti við Mjólku I fyrir samruna félagsins og KS. Á kreditreikningi MS til KS, dags. 31. ágúst 2010, er endurgreiðslan skýrð sem bakfærð sölulaun KS frá janúar til júlí 2010. Í bréfi Samkeppniseftirlitsins til KS, dags. 5. janúar 2015, var sama spurning lögð fyrir KS sem svaraði henni með eftirfarandi hætti:

*„Hvorki KS né Mjólka fengu bætt „of hátt hráefnisverð“ vegna hráefniskaupa Mjólku á árinu 2009. Þegar KS tók við félaginu skuldaði það MS töluverða fjármuni vegna hráefniskaupa. Var samið við MS um uppgjör þessara skulda. Samhliða því að lofað var að greiða fyrir vöruúttektir með ákveðnum hætti féllst MS á að fella niður dráttarvexti sem fallið höfðu á kröfu MS. Er KS enn að greiða skuldina.“*

Eins og sjá má af svari KS samdi félagið við MS um skuld Mjólku I við MS eftir að KS keypti félagið. Því fylgdi skilyrði um að greiðslur fyrir vöruúttektir yrðu með ákveðnum hætti í framhaldi af því.

---

<sup>130</sup> Trúnaðarmál.



Í framangreindu bréfi Samkeppniseftirlitsins til MS var vísað til þess sem fram kom í kæru MS til áfrýjunarnefndar samkeppnismála, dags. 20. október 2014, en þar segir m.a. eftirfarandi:

*„Við kennitöluskiptin sumarið 2009 skuldaði Mjólka I kæranda um 62 m.kr. og hefur kærandi nú afskrifað þá fjárhæð.“*

Í framangreindu bréfi Samkeppniseftirlitsins til MS var bent á að í tl. 9.1 í kaupsamningi um hlutafé í Eyjabúi ehf. (Mjólku), dags. 30. desember 2009, hefði seljandi Mjólku I lýst yfir eftirfarandi með undirritun sinni á samninginn:

*„Að honum sé kunnugt um að kaupandi hygðist kaupa kröfu Mjólkursamsölnunnar ehf. á hendur Mjólku ehf. að fjárhæð um kr. 62.000.000,- Eignist kaupandi þá kröfu lýsir seljandi því yfir að kaupanda sé heimilt að draga hana frá greiðslu kaupverðs skv. gr. 4.3.a. fyrir allt að kr. 7.000.000,- enda sýni kaupandi fram á að hann hafi eignast kröfuna að fullu.“*

Í ljósi framangreindra ákvæða í kaupsamningi KS á Mjólku I óskaði Samkeppniseftirlitið eftir gögnum og upplýsingum er vörðuðu kaup KS á framangreindri kröfu MS. Í bréfi MS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. janúar 2015, segir:

*„Í spurningu 11 vikur SE að umfjöllun MS í kæru til áfrýjunarnefndar þess efnis að MS hafi beðið tjón af viðskiptum við Mjólku I þar sem afskrifa hafi þurft kröfu á Mjólku I að fjárhæð 62 m.kr. Í þessu samhengi vikur SE síðan að kaupsamningi um kaup KS á öllum eignarhlutum í Eyjabúi ehf. (Mjólku II). Í þeim samningi virðist hafa verið vikið að hugsanlegum kaupum KS á fyrrgreindri kröfu MS að fjárhæð 62 m.kr. og að við slíkt framsal kröfunnar væri KS heimilt að draga tilgreinda fjárhæð frá kaupverði eingarhlutanna. Vegna þessa óskar SE eftir afriti af bréfum, minnisblöðum, kvittunum, tölvupóstum og öllum öðrum samtímagögnum sem MS býr yfir og varða þessi kröfukaup.“*

*Skemmst er frá því að segja að krafa þessi var aldrei keypt eða framseld með öðrum hætti til KS eða annarra aðila. Af orðalagi kaupsamnings virðist raunar ljóst að um fyrirætlan hafi verið að ræða. Ljóst er þó að sú fyrirætlan KS gekk ekki eftir. Krafa MS á hendur Mjólku II fékkst aldrei greidd og var hún því afskrifuð í bókum MS (fylgiskjal nr. 8).“*

Þann 26. febrúar 2015 barst Samkeppniseftirlitinu tölvupóstur frá eiganda Mjólku I. Meðfylgjandi honum var tölvupóstur KS frá 15. mars 2012 um uppgjör KS á greiðslum fyrir Mjólku I, Vogabæ og kauprétt KS á eftirstöðvum hlutafjár í Mjólku I af VBM Holding. Eins og fyrr segir var og er VBM Holding í eigu stofnenda Mjólku I en félagið hélt utan um eignarhluta þeirra í Mjólku I. Hafði verið óskað eftir greiðslufirliti frá KS fyrir endurskoðanda Mjólku I vegna uppgjörs á sölu fyrirtækjanna. Í greiðslufirliti KS kemur fram að félagið hafi dregið frá kaupverði Mjólku I umræddar 7 milljónir kr., sbr. það sem segir í yfirlitinu:

*„Keypt krafa MS á gömlu Mjólku 7.000.000“*



Þetta greiðslufirlit KS er í beinni andstöðu við staðhæfingar MS. Fæst því ekki annað séð en að MS fari með rangt mál um meðferð á viðskiptaskuld Mjólku I sem augljóslega var notuð við kaup KS á félaginu. MS heldur því einnig fram að umrædd skuld hafi aldrei verið greidd og því afskrifuð í bókum félagsins en þá var umrædd skuld ekki Mjólku I heldur KS/Mjólku II.

Það er því niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að framangreind eftirgjöf á umboðslaunum MS til KS hafi í raun verið tilfærsla MS vegna verkaskiptinga til handa KS að fjárhæð alls [ ]<sup>131</sup> milljónum kr. Það er auk þess niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að framangreind skuld KS vegna Mjólku II við MS að fjárhæð [ ]<sup>132</sup> milljónir kr. hafi verið afskrifuð gagnvart KS að fjárhæð um [ ]<sup>133</sup> milljónir kr. í árlök 2010, sbr. framangreint fylgiskjal MS nr. 8.

#### 7.11 Ódagsett og óundirrituð samantekt KS um reikningsvillur vegna verðbreytinga á mozzarellaosti frá MS til KS í júlí 2012

Skýring MS (ekki samtímagagn) með bréfi til Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. janúar 2015 (fskj. 2) var eftirfarandi:

*„Uppgötvast reikningsvillur vegna verðbreytinga á Mozzarella osti frá MS til KS í júlí 2012, þar sem hallar á KS um ca. [ ]<sup>134</sup> milljónir á 17 mánaða tímabili. Ákveðið að geyma greiðslu vegna þessa og taka það inn í framlegðaruppgjör fyrir 2012 og 2013. Því lýkur í janúar 2014 og var geymt vegna endurskipulagningar og enduruppbyggingar á framleiðsluferfum beggja fyrirtækjanna 2012-2014.“*

Hér hefur verið ofreiknað verð á mozzarellaosti frá MS til KS.

#### 7.12 Uppgjör framlegðarskipta MS og KS vegna verkaskiptingar

Í nóvember 2013 hófst vinna hjá MS við uppgjör á framlegðarskiptum vegna verkaskiptingar félagsins og KS. Hún hófst með tölvupósti frá stjórnarformanni MS til framleiðslustjóra félagsins þann 4. nóvember 2013 þar sem ítrekuð var beiðni um samantekt á lykiltölum um viðskipti MS við KS. Um var að ræða upplýsingar um magn og verð seldrar hrámjólkur til KS og Mjólku II til ársins 2012 og það sem liðið var af ári 2013. Magn og verð á mozzarellaosti og öðrum osti til KS til ársins 2012 og það sem liðið var af ári 2013. Einnig var óskað eftir upplýsingum um aðrar vörur sem seldar hafa verið á þessum tíma til vinnslu hjá KS og koma svo í sölu hjá MS. Þá var óskað eftir öðrum upplýsingum um viðskipti er kunna að hafa áhrif á framlegðarskipti á milli MS og KS á þessu tímabili.

Þann 7. nóvember 2013 barst stjórnarformanni MS yfirlit og svör við framangreindum spurningum frá framleiðslustjóra félagsins. Um aðrar upplýsingar sem kunna að hafa áhrif á framlegðarskipti á milli MS og KS á viðkomandi tímabili segir í svari framleiðslustjóra MS:

*„Hef ekki upplýsingar um aðra hluti sem kunna að hafa áhrif á framlegðarskipti milli MS og KS á þessu tímabili. Ef samið hefur verið um eitthvað annað*

<sup>131</sup> Trúnaðarmál.

<sup>132</sup> Trúnaðarmál.

<sup>133</sup> Trúnaðarmál.

<sup>134</sup> Trúnaðarmál.



*sérstaklega á tímabilinu þá hef ég ekki upplýsingar um það. Vinna við samninga og frágang á hráefnisverði þ.m.t. tímabilið sem ostagerð var stöðvuð á Akureyri (ágúst – október) var ekki í mínum höndum.*

*Að öðru leyti má nefna það sem snýr að verðlagningu mjólkurvara almennt, og hefur haft áhrif á framlegð aðila á tímabilinu, er sá þáttur að mjólkurvörur hafa tekið mis miklum verðhækkunum út á markaði á undanförunum árum. Þar hafa frjálssar vörur hækkað meira en verðbundnar vörur. Þennan þátt hef ég ekki metið sérstaklega." (Undirstrikun Samkeppniseftirlitsins)*

Framangreindur póstur framleiðslustjóra MS staðfestir þá framkvæmd að aukin framlegð var sótt í gegnum verðlagningu á „frjálsum vörum“, sbr. samkomulag MS og KS frá 2. mars 2010, þar sem svigrúm var fyrir hendi til verðhækkana vara og ekki voru háðar verðlagningu verðlagsnefndar búvöru um hámarksverð.

Í tölvupóstum stjórnarformanns MS til forstjóra MS, framkvæmdastjóra fjármálasviðs MS og kaupfélagsstjóra KS þann 7. og 11. nóvember 2013 segir:

*„Þakka þér fyrir þessa samantekt. Það munu vakna einhverjar spurningar í framhaldinu t.d. dæmis (svo) hver er framlegð KS af eigin framleiðslu samanber framlegð MS af eigin framleiðslu sem mér sýnist vera lykilsurningin þegar framlegð jafnað (svo) á milli aðila.*

...

*Sælir allir. Til viðbótar við þessa ágætu greinagerð Pálma, óska ég eftir að Kristján Björgvinsson fjármálastjóri MS stilli upp framlegðarútreikningum á eigin framleiðslu KS og MS bæði árið 2012 og allanvega (svo) fyrripart 2013 (og 10 mán ef það er hægt) annars vegar. Til viðbótar finnst mér vanta inn í greiningu Pálma að gerð sá (svo) grein fyrir svokölluðu vinnslu og pökkunargjaldi, það væri ágætt að fá einnig yfirlit yfir það á þessu tímabili mér (svo) sýnist það hafa áhrif á framlegðarskipti (uppgjör) á milli aðila. Óska eftir þessum uppl. sem fyrst."*

Af framangreindu má sjá að uppgjör framlegðarskipta vegna verkaskiptingar MS og KS virðist ekki liggja ljóst fyrir við árslok 2013 þrátt fyrir að Framlegðar- og verkaskiptasamkomulag félaganna hafi verið í gildi frá 15. júlí 2008.

Í tölvupósti framkvæmdastjóra fjármálasviðs MS þann 14. nóvember 2013 til stjórnarformanns MS, forstjóra MS, og kaupfélagsstjóra KS segir:

*„Hér kemur þetta. Athugið að tölur fyrir KS er (svo) áætlaðar af mér út frá því sem við kaupum af þeim."*

Með framangreindum tölvupósti framkvæmdastjóra fjármálasviðs MS fylgdi yfirlit um framlegð 1 fyrir árin 2010 til 2013 og um pökkunargjald fyrir árin 2011 til 2013. Yfirlit um framlegð 1 var sett fram í eftirfarandi tveimur töflum (tafla 1 og tafla 2 í póstinum) og eru fjárhæðir í milljónum kr. Í töflu 13 hér að neðan má sjá samanburð á framlegð MS og KS eins og um tvö óskyld fyrirtæki væri að ræða, sbr. töflu 1 í tölvupósti framkvæmdastjóra fjármálasviðs MS þann 14. nóvember 2013.



**Tafla 13. Samanburður á framlegð MS og KS, sbr. töflu 1 í tölvupósti MS<sup>135</sup>**

	2010	2011	2012	2013 8m
Sala framl. vara MS	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Sala MS á framl. vörum KS	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
KSV	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
-Leiðr. annar framl. kostn. í KSV	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
-Innkaup á vörum frá KS		[ ]	[ ]	[ ]
Leiðr. v. sérstakrar birgðaniðurfærslu	[ ]			
	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Framlegð MS án KS viðskipta	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
<b>Framlegð MS</b>	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Sala framleiðsluvara KS	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Vörunotkun (hráefni, hjálparefni og umbúðir)	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
<b>Framlegð KS</b>	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]

Um framangreinda töflu 13 (sem merkt er tafla 1 í tölvupóstinum) segir:

*„**Tafla 1** sýnir rekstur MS og KS eins og um tvö óskyld fyrirtæki væri að ræða. Tölur fyrir rekstur MS eru úr bókhaldi félagsins. Tölur fyrir KS eru áætlaðar út frá vörukaupum MS af KS, auk þess sem [ ]<sup>136</sup> milljónum er bætt við söluna árlega til samræmis við 2010 sem byggir á upplýsingum frá því er það ár var gert upp.“*

Eins og sjá má var framlegðarhlutfall KS töluvert hærra en MS öll árin sem staðfestir eins og fyrr segir að KS framleiddi og seldi framlegðarháar vörur í samanburði við MS. Af þeim sökum var ekki ástæða til þess að selja KS hrámjólk á mun lægra verði en keppinautum MS og KS í vinnslu og sölu mjólkurafurða. Sú ráðstöfun MS að selja KS hrámjólk á mun lægra verði en til keppinauta kom MS augljóslega til góða enda deildu MS að KS með sér heildarafkomu félaganna í sama hlutfalli og eignartengslum þeirra var háttað, sbr. skiptingu afkomu eins og henni er lýst í töflu 12 hér að framan.

Í töflu 2 í framangreindum tölvupósti fjármálastjóra MS koma fram eftirfarandi upplýsingar sem sjá má í töflu 14.

<sup>135</sup> Trúnaðarmál.

<sup>136</sup> Trúnaðarmál.



**Tafla 14. Samanburður á framlegð MS og KS, sbr. töflu 2 í tölvupósti MS<sup>137</sup>**

	2010	2011	2012	2013 8m
Sala framl. vara MS	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Sala MS á framl. vörum KS	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
KSV	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
-Leiðr. annar framl. kostn. í KSV	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
-Innkaup á vörum frá KS	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Leiðr. v. sérstakrar birgðaniðurfærslu	[ ]			
	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Framlegð MS án KS viðskipta	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
<b>Framlegð MS</b>	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Sala framleiðsluvara KS	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
Vörunotkun (hráefni, hjálparefni og umbúðir)	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]
<b>Framlegð KS</b>	[ ]	[ ]	[ ]	[ ]

Um framangreinda töflu (sem merkt er tafla 2 í tölvupóstinum) segir:

*„**Tafla 2** sýnir leiðréttan rekstur fyrirtækjanna. Frá sölu MS eru dregin vörukaup frá KS og á móti er KSV<sup>138</sup> lækkað hjá MS. Veltutölur KS eru að sama skapi leiðréttar (lækkaðar) sem nemur sölu á osti frá MS til KS, sem ætlaður er í niðurrif og er síðan keyptur af MS.“*

Eins og sjá má af töflu 14 er munur á framlegð MS og KS enn meiri KS í vil þegar verkaskipting félaganna er reiknuð inn til leiðréttingar á henni.

#### 7.13 Nýr samningur MS og KS um verkaskiptingu í mjólkuriðnaði, dags. 2. október 2014, og breyttar áherslur í september 2015.

Þessi samningur var gerður eftir að rannsókn Samkeppniseftirlitsins hófst í þessu máli og fellur hann ekki undir rannsóknartímabil málsins. Eftir sem áður er gagnlegt að bera hann saman við eldri gerninga. Einnig er gagnlegt til samanburðar að hafa hliðsjón af breyttum áherslum MS í samkeppnismálum sem kynntar voru 16. september 2015.

Í bréfi KS frá 12. febrúar 2015 er þessum nýja samningi lýst svo:

*„Þann 2. október 2014 var svo gert nýtt samkomulag um verkaskiptingu í mjólkuriðnaði. Samkvæmt samkomulaginu var horfið frá því að gera viðskipti*

<sup>137</sup> Trúnaðarmál.

<sup>138</sup> Kostnaðarverð seldra vara.



*aðila upp með þeim hætti sem gert hafði verið. Öll viðskipti á milli aðilanna voru færð á markaðsverð en framlegðarjöfnun er nú framkvæmd með sérstökum greiðslum. Var breytingin gerð í varúðarskyni en það er mat KS og MS að fyrri framkvæmd væri í samræmi við lög."*

Í nýja samningnum er ekki minnst á framlegðarskipti í tengslum við verkaskiptingu eins og í samkomulaginu frá júlí 2008. Þess í stað kemur fram að fyrri samningar á milli aðila um framlegðar- og verkaskiptingu, ásamt viðaukum og breytingum, hvaða nafni sem þeir kunni að nefnast, falli úr gildi við gildistöku samnings þessa.

Í fyrsta skipti, í samstarfssamningi á milli MS og KS, er minnst á Mjólku II sem þátttakanda í verkaskiptingu aðila. Fram kemur að Mjólka II sé dótturfélag í 100% eigu KS og að litið sé á KS og Mjólku sem einn og sama aðila. Ekkert slíkt samkomulag hafði verið gert áður.

Fram kemur að verkaskipting við framleiðslu og pökkun skuli vera með sama hætti og hún hafi verið við gildistöku samningsins. MS skuli selja KS allt að 3,5 milljónum lítra af hrámjólk á ársgrundvelli. Látið er af markaðsskiptingu í fyrri samningum með eftirfarandi hætti:

*„Frá og með 1. október 2014, hættir KS að kaupa vörur til endursölu á félagssvæði sínu og Mjólkursamsalan tekur við sölu og dreifingu til annarra aðila en KS eins og annars staðar á landinu."*

Með framangreindu ákvæði í samningi frá október 2014 hætti KS að kaupa vörur til endursölu á félagssvæði sínu auk þess sem MS tók við sölu og dreifingu til annarra aðila en KS eins og annars staðar á landinu. Hér virðist MS og KS hverfa frá markaðsskiptingu eins og var í fyrri samningum milli félaganna.

Tekið er fram að öll innbyrðis viðskipti aðila með mjólk og mjólkurafurðir verði samkvæmt gildandi heildsöluverði hverju sinni eins og um ótengda aðila væri að ræða, sbr. eftirfarandi ákvæði í samningi:

*„Öll innbyrðis viðskipti aðila með mjólk og mjólkurafurðir verða samkvæmt gildandi heildsöluverðskrá hverju sinni eins og ef um ótengda aðila væri að ræða. Öll viðskipti með rjóma í lausu máli skulu vera samkvæmt gildandi heildsöluverðskrá MS hverju sinni og viðskipti með ógerilsneydda nýmjólk í lausu máli verða samkvæmt ákvörðun verðlagsnefndar búvöru, sem í gildi er þegar viðskipti eiga sér stað."*

Samkvæmt framansögðu ætlaði MS að taka mið af heildsöluverði verðlagsnefndar búvöru fyrir hrámjólk sem nefndin tók í fyrsta sinn ákvörðun um þann 12. mars 2014 en fram að þeim tíma var verðlagning á því hráefni frjálst og á ábyrgð seljanda skv. m.a. samkeppnislögum.

Í samningnum kemur fram að KS muni greiða MS markaðskostnað fyrir dreifingu og sölu afurða félagsins líkt og áður í fyrri samningum félaganna. Þá er auk þess getið um að MS muni greiða KS sem lið í uppgjöri fyrir hagræði sem af samstarfi félaganna leiðir í samræmi við eftirfarandi:



*„KS skal áfram greiða MS markaðskostnað að fjárhæð [ ]<sup>139</sup> kr. á mánuði án virðisaukaskatts vegna dreifingar og endursölu MS á afurðum KS. Fjárhæð markaðskostnaðar skal taka breytingum í samræmi við ákvarðanir verðlagsnefndar búvöru um mjólkurvöruverð í heildsölu.*

*MS skal greiða KS fjárhæð [ ]<sup>140</sup> kr. mánaðarlega án virðisaukaskatts sem lið í uppgjöri á því hagræði sem af samstarfi félaganna leiðir. Skal fjárhæðin taka breytingum í samræmi við ákvarðanir verðlagsnefndar búvöru um mjólkurverð í heildsölu.”*

Eins og sjá má hér að framan er uppgjör af samstarfi MS í megin atriðum af tvennum toga. Í fyrsta lagi er um að ræða kostnað KS vegna sölu og dreifingar MS á afurðum félagsins líkt og áður, sbr. það sem Samkeppniseftirlitið hefur hér nefnt umboðslaun. Nú er sá kostnaður nefndur markaðskostnaður í samningum MS og KS en áður ýmist sölubóknun eða afsláttur af heildsöluverði. Í öðru lagi er lagt til að fram fari uppgjör á því hagræði sem kann að stafa af samstarfi MS og KS og er fjárhæð í því sambandi tiltekin fyrirfram í samningi sem lið í því mati.

Hér er um nýja viðmiðun í uppgjöri á samstarfi MS og KS að ræða þar sem samkvæmt samningnum skal greiða sérstaklega fyrir hagræði af samstarfi félaganna. Í fyrri samningum var markmiðið hins vegar að jafna framlegð og afkomu MS og KS með ívilnandi hráefnisverði til tengdra aðila, umboðslaunum af heildsöluverði vegna innbyrðis sölu afurða og með því að stýra markaðsverði mjólkurafurða þar sem svigrúm var fyrir hendi.

Það sem MS hafði lýst sem „*órjúfanlegur þáttur í samstarfi aðila á grundvelli 71. gr. búvörlaga*“ var með þessu samkomulagi fellt niður, þ.e. sala MS á hrámjólk til KS á hinu lága verði. Samkvæmt KS er önnur aðferð notuð til að jafna framlegð. Þessi nýi samningur a.m.k. staðfestir að sala á grundvallarhráefni til mjólkurframleiðslu, hrámjólk, á hærra verði til ótengdra aðila heldur en til tengdra aðila er ekki óhjákvæmileg afleiðing af samstarfi sem búvörolög heimila. Sökum þessa er nýi samningurinn til stuðnings því að MS hafi ekki notið undanþágu frá samkeppnislögum í máli þessu.

Þann 16. september 2015 tilkynnti MS um breyttar áherslur í samkeppnismálum. Í fréttatilkynningu fyrirtækisins segir um þetta:

*„Hin síðustu ár hefur verið vaxandi umræða um samkeppnismál á mjólkurvörumarkaði. Hafa margir talið nauðsynlegt að fleiri aðilar kæmu að framleiðslu í mjólkuriðnaði því að slíkt muni bæta hag neytenda og einnig til að ýta undir fjölbreytta framleiðslu og nýsköpun.*

*Nú hefur Mjólkursamsalan (MS) ákveðið að fara í aðgerðir til að koma til móts við þessi sjónarmið og er það einlæg von MS að það muni leiða til þess að framleiðsla á mjólkurvörum verði enn fjölbreyttari og gróskumeiri en áður og að fleiri spennandi vörur muni líta dagsins ljós á þessum markaði.*

<sup>139</sup> Trúnaðarmál.

<sup>140</sup> Trúnaðarmál.





*Aðgerðir MS nú miða að því að styrkja smærri framleiðendur og gera nýjum aðilum auðveldara með að hefja rekstur, byrja framleiðslu og ná að vaxa og dafna á markaði. MS mun frá og með 1. október n.k. bjóða þeim sem framleiða úr mjólk að fá allt að 300.000 lítra af mjólk á sama verði og Mjólkursamsalan greiðir bændum, en það eru tæpar 85 kr. fyrir hvern lítra sem bændur framleiða.*

*Þetta er rúmlega 11% lækkun frá almennu verði á ógerilsneyddri hrámmjólk og felur í sér að MS er að veita öðrum framleiðendum endurgjaldslausan aðgang að því kerfi sem fyrirtækið rekur til þess að safna, gæðaprófa og miðla óunninni mjólk.*

*Það er von MS að þetta frumkvæði verði lyftistöng fyrir nýja framleiðslu frá fleiri aðilum í greininni. Jafnframt má segja að þessi jöfnun á aðstöðu stórs og lítilla aðila sé mikilvægt sanngirnismál og að MS sé að mæta samfélagslegri skyldu með hliðsjón af markaðsstöðu sinni og stærðarhagkvæmni.*

*Einnig er þessi ákvörðun tekin með hagsmuni eigenda Mjólkursamsölunnar í huga en það eru 650 kúabændur um allt land. Þeir munu áfram selja jafnmikla mjólk og áður en vonandi til fleiri framleiðenda sem vilja spreyta sig á því að þróa nýjar og áhugaverðar vörur sem unnar eru úr mjólk. Það gæti haft jákvæð áhrif á mjólkursölu frá bændum.*

*Jafnframt þessu hefur MS áhuga á að vinna með aðilum sem myndu vilja kaupa vörur á mismunandi framleiðslustigi, til að vinna áfram undir eigin vörumerki. Það gæti verið áhugavert fyrir frumkvöðla, t.d. aðila í ferðapjónustu eða veitingastarfsemi.*

*Gert er ráð fyrir að árangurinn af þessum breytingum verði metinn að þremur árum liðnum og framhaldið ráðist af því hvernig til tekst."*

Að mati Samkeppniseftirlitsins er tilgangur þessara aðgerða jákvæður. Hins vegar varpar þessi tilkynning einnig ákveðnu ljósi á aðstöðuna á rannsóknartímabilinu þar sem Mjólkka I og Mjólkurbúið máttu þola verulegan ójöfnuð í viðskiptakjörum á hrámmjólk.

## **8. Niðurstaða**

Í máli þessu liggur fyrir að MS seldi á rannsóknartímabilinu tengdum fyrirtækjum, KS og Mjólkku II, hrámmjólk á verði sem var það sama og hið opinbera lágmarksverð sem gilti gagnvart mjólkurbændum. Verð MS á sömu hrámmjólk til ótengdra aðila, Mjólkku I og Mjólkurbúsins, var hins vegar mun hærra sem nam allt að 17%. Miðaðist verð MS á hrámmjólkinni til ótengdra aðila við verð á annarri vöru, þ.e. gerilsneyddri mjólk. Til skoðunar er hvort MS hafi með þessu brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga.

MS byggir á því að ekki geti verið um brot á samkeppnislögum að ræða og hefur því til stuðnings vísað til ákvæða búvörulaga. Eins og fram hefur komið geta ákvæði 8. og 13. gr.



búvörulaga ekki átt við í málinu og hefur MS helst stuðst við 71. gr. búvörulaga. Til þess að það ákvæði geti átt við í þessu máli þarf það fela í sér „skýra og ótvíræða“ undanþágu frá samkeppnislögum, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 7/2009.

Í 71. gr. búvörulaga 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.“*

Ekki virðist vera ágreiningur um það að sú aðgerð MS að selja tengdum fyrirtækjum hrámjólk á lægra verði en ótengdum getur ekki, virt ein og sér, falið í sér samkomulag um verkaskiptingu er „varðar framleiðslu einstakra mjólkurafurða“ eða samstarf um að halda niðri „kostnaði við framleiðslu, geymslu og dreifingu mjólkurvara“, sem ákvæði 71. gr. fjallar um. Í þessum mismunandi viðskiptakjörum felst eðli málsins samkvæmt engin verkaskipting eða einhverskonar samvinna sem minnkar kostnað eða eykur skilvirkni við framleiðslu mjólkurvara. Aðgerð MS varðar þannig aðeins viðskipti með hráefni áður en nokkur framleiðsla eða verkaskipting hefist. Heimild 71. gr. búvörulaga til samvinnu getur samkvæmt orðlagi sínu og tilgangi aðeins tekið til atriða sem raunverulega fela í sér verkaskiptingu eða samstarf sem dregur úr kostnaði og eykur hagkvæmni og skilvirkni við framleiðslu, geymslu eða dreifingu. Það er í samræmi við úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2014 þar sem fram kemur að samningur MS og KS frá 15. júlí 2008 skipti máli við úrlausn málsins í ýmsu tilliti og ekki síst hvernig hann var framkvæmdur.

Meginsjónarmið MS hefur hins vegar verið að sala á hrámjólk á hinu lága verði til KS og Mjólku II hafi verið órjúfanlegur hluti af samkomulagi við KS um verkaskiptingu sem 71. gr. búvörulaga heimili. Hefur MS sagt að í því samkomulagi (frá júlí 2008) hafi falist að öll framleiðsla KS á ferskvöru hafi flust til MS og fullyrt að „framlegð af ferskvöru er almennt hærrí en framlegð af t.a.m. ostum og viðbiti.“ Framleiðsla á framlegðarlágum vörum hafi orðið eftir hjá KS. Samkvæmt MS hafi verið nauðsynlegt að bæta KS framlegðartap sem af þessu leiddi og það hafi verið gert með því selja KS tiltekið magn af hrámjólk á verði sem miðaðist við lágmarksverð til bænda. Eins og MS staðhæfði fyrir áfrýjunarnefnd hafi þetta verið „eina ástæðan“ fyrir því að hrámjólkin var seld á lægra verði til KS og Mjólku II en til Mjólku I og Mjólkurbúsins.

Mjólka II er ekki aðili að samkomulaginu frá júlí 2008 en naut, sem er óumdeilt, hins lága verðs á hrámjólkinni á grundvelli eignatengslanna við KS. Hefur MS sagt að Mjólka II hafi heyrt undir verkaskiptingu KS og MS „sem dótturfélag KS.“

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lagði fyrir Samkeppniseftirlitið í úrskurði í máli nr. 5/2014 að rannsaka „þýðingu samningsins á milli áfrýjanda og KS frá 15. júlí 2008, uppgjöri á milli aðila hans og efnudum á því tímabili sem meint brotastarfsemi stóð yfir.“ Einnig skyldi eftirlitið meta hvaða „þýðingu það hafi að aðilar tengdir KS, sem þó voru ekki aðilar að umræddum samningi KS og áfrýjanda frá 2008, nutu góðs af hinu lægra verði.“



Hér að framan hefur verið gerð grein fyrir nýrri rannsókn Samkeppniseftirlitsins að þessu leyti. Samandregið sýna gögn MS, KS og Mjólku II er varða framkvæmd á samkomulaginu frá júlí 2008 og tengd atriði á rannsóknartímabilinu m.a. eftirfarandi:

- KS hætti framleiðslu á framlegðarlágum vörum (ferskvara) og jók framleiðslu á framlegðarháum vörum (m.a. rifosti). Þegar litið er til heildaráhrifa má sjá að framlegð KS varð mun meiri en MS sem rekja má til hagstæðra viðskiptakjara og eftirgjafar skulda frá MS sem og kostnaðarabata KS í kjölfar samningsins frá júlí 2008 að teknu tilliti til síðari breytinga á honum.
- Sala MS á hrámjólk til KS á hinu lága verði var byggð á m.a. þeirri forsendu í samningnum frá 15. júlí 2008 að öll verðtilfærsla myndi leggjast af. Sú forsenda gekk ekki eftir.
- Framlag KS í verðtilfærslusjóði skv. búvörulögum á tímabilinu frá 2008 til ársins 2013 nam um 176 milljónum kr. sem hafði þann tilgang að bæta upp lága framlegð MS við framleiðslu og sölu á mjólk, léttmjólk, undanrennu, súrmjólk og föstum mozzarella (vörunar sem færðust frá KS til MS).
- MS seldi KS árlega allt að fjórar milljónir lítra af hrámjólk á lágmarksverði til bænda á tímabilinu 2008 til ársins 2013. Mjólka II fékk sömu kjör hjá MS eftir að félagið komst í eigu KS í árslok 2009.
- KS og Mjólka II keyptu um 22 milljónir lítra af hrámjólk af MS á tímabilinu 2008 til ársins 2013.
- Ef KS og Mjólka II hefðu þurft að borga sama verð og keppinautar þeirra fyrir hrámjólk frá MS þá hefðu hráefniskostnaður þeirra verið um 239 milljónum kr. hærrí en ella á árunum 2008 til ársins 2013. Líta verður á þá mismunun sem beina eftirgjöf MS á hráefnisverði til tengdra aðila.
- Eftirgjöf MS á skuldum KS nam á árunum [ ]<sup>141</sup> milljónum kr. Þar af var afskrifuð yfirtekin skuld KS vegna Mjólku I að fjárhæð [ ]<sup>142</sup> milljónir kr. og niðurfelld [ ]<sup>143</sup> milljóna kr. umboðslaun sem MS átti inni hjá KS. Niðurfelling umboðslauna MS var m.a. sögð vera framleiðslutilfærsla samkvæmt orðalagi KS.
- Gagnkvæm skuldbinding MS og KS um sölu framleiðsluvara hvors annars á aðgreindu markaðssvæði þeirra.
- Gagnkvæm [ ]<sup>144</sup> umboðslaun MS og KS af heildsöluverði fullunninna mjólkurvara fyrir sölu framleiðsluvara hvors annars. Þau kjör voru í samræmi við almennan [ ]<sup>145</sup> afslátt sem MS og KS veittu endurseljendum mjólkurafurða á heildsölumarkaði.<sup>146</sup>
- Almenn afkoma jöfnuð í gegnum umboðslaun sem reiknuð voru af heildsöluverði í innbyrðis viðskiptum og afurðaverði á markaði, sbr. tölvupóst forstjóra MS frá 27. febrúar 2010.
- Ofan á skráð lágmarksverð verðlagsnefndar búvöru í viðskiptum MS með hrámjólk til KS var ekki bætt við lítratengdum sjóðagjöldum eins og kveðið var á um í samkomulaginu frá júlí 2008. Sama átti við um Mjólku II eftir að félagið komst í eigu KS.

<sup>141</sup> Trúnaðarmál.

<sup>142</sup> Trúnaðarmál.

<sup>143</sup> Trúnaðarmál.

<sup>144</sup> Trúnaðarmál.

<sup>145</sup> Trúnaðarmál.

<sup>146</sup> Sbr. bréf MS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 3. júlí 2009 og bréf KS, dags. 14. júlí 2009.



- KS greiddi MS ekki viðbótarkostnað umfram söfnunarkostnað mjólkur eins og kveðið var á um í samkomulaginu frá júlí 2008. Sama átti við um Mjólk II eftir að félagið komst í eigu KS.
- Mjólk II gerðist ekki aðili að samkomulaginu frá júlí 2008 enda seldi félagið sjálft eigin framleiðsluvörur á markaði ólíkt KS.
- Mjólk II lét MS framleiða fyrir sig skyrdeserta og KS rifost en þær afurðir seldi Mjólk II að öllu leyti sjálf á markaði en ekki í gegnum sölukerfi MS líkt og KS gerði fyrir utan Skagafjörð.
- Aðgerðir til þess að ýta Mjólk I út af markaði með rifost og aðrar framlegðarháar mjólkurvörur og deila ávinningi af því milli MS og tengdra aðila. Þær aðgerðir beindust einnig síðar gegn Mjólkurbúinu og öðrum mögulegum keppinautum á viðkomandi markaði.

Framangreind umfjöllun og samantekt úr gögnum sem aflað var eftir úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2014 bendir til að sú verðmismunun sem metin var í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 26/2014 sé mun alvarlegri en þar var komist að raun um, sbr. nánari umfjöllun hér á eftir. Eftir að samningur MS og KS frá árinu 2008 var gerður opinber fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur komið í ljós að sú verkaskipting og framlegðarskipti sem þar er kveðið á um hefur verið framkvæmd á allt öðrum forsendum en MS hélt fram í hinu eldra máli. Fyrir það fyrsta hafði verkaskipting MS og KS það í för með sér að KS tók til við að framleiða framlegðarháar vörur í ríkari mæli en áður og að framleiðsla á ferskvöru með lága framlegð var flutt til MS. Það er öfugt við það sem MS hefur ítrekað haldið fram í málinu á fyrri stigum þess hjá Samkeppniseftirlitinu. Sú ráðstöfun kallar ein og sér ekki á að bæta hafi þurft þá verkaskiptingu með því að selja KS hrámjólk á mun lægra verð en til ótengdra keppinauta. Þrátt fyrir framangreinda verkaskiptingu þá er ávinningur MS og KS tryggður í gegnum gagnkvæma sölu á framleiðsluvörum hvors annars og umboðslaunum sem tengja markaðslega hagsmuni og ávinning félaganna saman gagnvart minni keppinautum á markaði.

Samkvæmt framansögðu liggur fyrir að verðtilfærsla KS til MS vegna verkaskiptingar á rannsóknartímabilinu nam um 176 milljónum kr. Eftirgjöf MS á hráefnisverði og skuldum KS og Mjólk II nam á sama tíma um [ ]<sup>147</sup> milljónum kr. KS og Mjólk II nutu fjárhagslegs ábata af samkomulaginu frá júlí 2008 að teknu tilliti til þess hvernig það var framkvæmt og efnt á rannsóknartímabili þessa máls. Sú ívilnun var veitt KS og Mjólk II þrátt fyrir að þau fyrirtæki sérhæfðu sig í framleiðslu á framlegðarháum mjólkurvörum líkt og minni keppinautar á markaði. Það veitti KS og Mjólk II samkeppnislegt forskot gagnvart minni keppinautum sem ekki voru tengdir MS eignarböndum.

*Var salan á hrámjólk til KS órjúfanlegur hluti af samstarfi skv. 71 gr.?*

Í stefnumarkandi samkomulagi frá 14. júní 2005 sem áður hefur verið getið var lagður grunnur að þeirri verkaskiptingu milli KS og MS sem samið var um í samkomulaginu frá júlí 2008. Samkomulagið frá 2005 byggði á tilflutningi á framlegaðarháum vörum (ostur) til KS en framlegðarlágum vörum (ferskvörur) til MS. Það gerði það að verkum að KS þurfti að greiða meira í verðtilfærslu en áður til MS. Eins og segir í samkomulaginu frá 2005 var aðferðafræðin til að jafna þetta í gegnum verðtilfærsluna skv. búvörulögum.

---

<sup>147</sup> Trúnaðarmál.



Með samkomulaginu frá júlí 2008 var aftur samið um tilflutning á framlegðarháum vörum til KS en framlegðarlágum vörum til MS. Þetta þýddi með sama hætti og 2005 að KS þurfti að greiða meira í verðtilfærslu en áður. Ráðstafanir til jöfnunar voru flóknari en 2005 þar sem samkomulagið frá 2008 byggði á þeirri forsendu að áform landbúnaðarráðherra myndu ganga eftir og öll verðtilfærsla lögð af. M.a. sökum þessa var mælt fyrir um sölu á hrámjólk á lágmarksverði til KS. Átti með öðrum orðum að mæta niðurfellingu á verðtilfærslu sem þá stóð til með ívilnandi viðskiptakjörum í innbyrðis viðskiptum MS og KS. Þrátt fyrir að forsendan um niðurfellingu á verðtilfærslu í búvörulögum hafi ekki gengið eftir var eftir sem áður unnið eftir þeim viðskiptakjörum sem samið var um í samkomulaginu í meginatriðum á öllu rannsóknartímabilinu. Sú ráðstöfun varð til þess að raska samkeppni gagnvart Mjólkku I og Mjólkurbúinu sem sérhæfðu sig í framleiðslu og sölu á framlegðarháum vörum á markaði í samkeppni við MS og tengda aðila, sbr. nánar hér á eftir.

Samkomulagið frá júlí 2008 (með síðari viðaukum) var hins vegar ekki framkvæmt til skiptingar á framlegð eins og upphaflega stóð til. Það skýrist m.a. af því að framangreind forsenda samkomulagsins um niðurfellingu á allri verðtilfærslu gekk ekki eftir á rannsóknartímabilinu. Þess í stað greiddi KS til MS um 175 milljónir kr. í verðtilfærslu frá árinu 2008 til ársins 2013 ef frá er talinn mismunur á inn- og útgreiðslum KS fyrir verðmiðlun á sama tíma. Þær greiðslur voru ætlaðar til að bæta upp framlegð MS vegna verkaskiptingar sem fól í sér aukna framleiðslu á ferskvörum hjá MS en þær vörur voru háðar verðlagsákvæðum verðlagsnefndar búvöru um hámarksverð og báru þ.a.l. minni framlegð en frjálssar vörur.

Af gögnum málsins má sjá að uppgjör samkomulagsins frá júlí 2008 var ekki framkvæmt árlega eins og þar var kveðið á um heldur var stuðst við grófa viðmiðun. Umrædd verkaskipting MS og KS fólst aðallega í aukinni framleiðslu á mozzarellaosti og ferskvöru hjá MS en ostagerð og rifostaframleiðslu hjá KS. Auk þess var sameiginlegur markaðslegur ávinningur tryggður hjá bæði MS og KS í gegnum aðgang að sölukerfi hvors annars og umboðslaunum fyrir innbyrðis dreifingu allra vörutegunda sem seldar voru hjá hvoru félagi á aðgreindu markaðssvæði. Umboðslaunin (sölubókunin) og sameiginlegur ávinningur af samstarfi MS og KS náði þannig einnig til þeirra vörutegunda sem ekki voru hluti af samkomulaginu frá júlí 2008. Einnig var þetta til þess fallið að bæta markaðsstöðu MS og KS gagnvart Mjólkku I og Mjólkurbúinu.

Eftir að framleiðsla á umræddum mjólkurafurðum var færð á milli MS og KS var þannig lögð áhersla á að sameiginleg afkoma greinarinnar (EBITDA) félli 90% í hlut MS og 10% í hlut KS sem endurspeglar eignarhluti eigenda í MS. Afkoman var stillt af í gegnum verðtilfærslur (lögbundna og SAM), [ ]<sup>148</sup> umboðslaun af heildsöluverði mjólkurafurða vegna sölu á mjólkurvörum hvors annars og með stýringu á markaðsverði á frjálsu vörunum. Á þetta sérstaklega við eftir að KS yfirtók Mjólkku I í árslok 2009.

Kjarni málsins hér er að grundvallar réttlættingarástæða MS fyrir hinu lága verði á hrámjólk til KS stenst ekki. Ólíkt því sem MS hefur fullyrt jók KS framleiðslu á framlegðarháum vörum í kjölfar samkomulagsins frá júlí 2008. Er því ekki unnt að fallast á það með MS að salan á hinu lága verði hafi verið nauðsynleg til að bæta framlegðartap KS vegna

---

<sup>148</sup> Trúnaðarmál.



verkaskiptingarinnar. Af þessu leiðir einnig að salan á hinu lága verði til KS var ekki órjúfanlegur hluti af samvinnu skv. 71. gr. búvörulaga og í raun ekki í samræmi við ákvæði greinarinnar. Í ákvæðinu felst ekki sjálfstæð heimild fyrir MS að beita verðmismunun gagnvart einstaka keppinautum á sama markaði með þeim hætti sem MS gerði. Hér skiptir einnig máli að þrátt fyrir að sú grundvallarforsenda í samningi MS og KS frá í júlí 2008 um afnám verðtilfærslu hafi brostið var áfram unnið eftir þeim ívilnandi viðskiptakjörum sem samningurinn hafði að geyma. Sú ráðstöfun virðist hafa haft þann tilgang að veita KS aukinn slagkraft til þess að keppa við minni keppinauta á markaði sem sérhæfðu sig í framleiðslu á framlegðarháum vörum á markaði og þá sér í lagi Mjólku I. Eftir að Mjólka I var keypt af KS í árslok 2009 hófu MS og KS síðan að skipuleggja verðhækkun á framlegðarháum vörum þ.e. hinum svokölluðu frjálsum vörum þegar þeim stóð ekki lengur ógn af samkeppni á markaði. Hafist var þá handa um að skipta heildarafkomu greinarinnar í hlutfalli af eignarhluta Auðhumlu og KS í MS þ.e. í hlutföllunum 90% og 10%, sbr. umfjöllun hér að framan.

*Var salan á hrámjólki til Mjólku II órjúfanlegur hluti af samstarfi skv. 71 gr.?*

Mjólka II er sjálfstæður lögaðili og hefur samkvæmt framansögðu ekki undirritað neina samninga við MS sem geta fallið undir 71. gr. búvörulaga. Hefur Mjólka II þannig ekki gert samninga um verkaskiptingu við MS sem fela það í sér að félagið hætti að framleiða framlegðarháar vörur og framleiði framlegðarlágar vörur í staðinn. Til viðbótar, eins og Mjólka II bendir sjálf á, er starfsemi félagsins í grundvallaratriðum ólík fyrirkomulaginu hjá KS. Þegar af þessum ástæðum er ljóst að sala MS á hrámjólki á hinu lága verði til Mjólku II var ekki „órjúfanlegur hluti“ af verkaskiptingu skv. 71. gr. búvörulaga.

*Samandregið:*

Í athugasemdum sínum frá 12. janúar 2016 mótmælir MS framangreindu mati Samkeppniseftirlitsins og telur engan vafa leika á því að umrædd sala á hrámjólki til KS og Mjólku II hafi fallið undir 71. gr. búvörulaga. Leggur félagið m.a. áherslu á að það sé rangt hjá Samkeppniseftirlitinu að KS hafi hætt framleiðslu á framlegðarlágum vörum og aukið framleiðslu á framlegðarháum vörum. Samkeppniseftirlitið hefur yfirfarið sjónarmið MS og vegna þeirra aflað frekari gagna frá KS. Eins og fjallað er um með rökstuddum hætti hér að framan getur Samkeppniseftirlitið ekki fallist á þær skýringar og sjónarmið sem MS hefur sett fram máli sínu til stuðnings að þessu leyti.

Það er því niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að 71. gr. búvörulaga veiti MS í þessu máli ekki undanþágu frá 11. gr. samkeppnislaga.

Kemur því næst til skoðunar hvort MS hafi brotið gegn ákvæði 11. gr. samkeppnislaga.



### 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.

Samkeppnisyfirvöld hafa í eldri málum komist að þeirri niðurstöðu að MS (og forveri fyrirtækisins) hafi verið í markaðsráðandi stöðu.<sup>149</sup> Innan verðlagsnefndar búvöru var litið svo á að MS hefði „*yfirburðastöðu á mjólkurmarkaði*“.<sup>150</sup> Í stjórnarfrumvarpi sem liggur fyrir Alþingi, þar sem lagðar eru til breytingar á búvörulögum vegna nýrra búvörusamninga, er lagt til grundvallar að afurðastöð „*sem tekur á móti a.m.k. 80% af innveginni mjólk*“ sé markaðsráðandi.<sup>151</sup> MS hefur á rannsóknartímabilinu tekið við yfir 90% af innveginni mjólk. Í innanhúsgögnum MS, sem Samkeppniseftirlitið aflaði eftir úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2014, leggur MS sjálft til grundvallar að hafa verið í markaðsráðandi stöðu á rannsóknartímabili þessa máls.<sup>152</sup>

Í þessu máli mótmælir MS því hins vegar að vera í markaðsráðandi stöðu. Hefur MS t.d. staðhæft að markaðshlutdeild félagsins hafi verið innan við 4% á árinu 2013. Gerir MS og fjölmargar athugasemdir við skilgreiningu Samkeppniseftirlitsins á markaðnum og við mat eftirlitsins á stöðu félagsins á honum. Vísar MS til allra sjónarmið sem félagið setti fram í málunum sem leiddu til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 26/2014 og úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2014. Í athugasemdum MS frá 12. janúar 2016 kveðst félagið hnykkja á ýmsum sjónarmiðum þessu tengd.

Sökum þessa verður í málinu að fjalla um og taka afstöðu til þess hvort MS hafi verið markaðsráðandi á rannsóknartímabilinu, þ.e. árin 2008-2013.

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 á rannsóknartímabilinu.

#### 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 samkeppniserétti geta ekki verið nákvæmar og eru aðeins notaðar

<sup>149</sup> Sjá úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 3/1996 og nr. 8/2006. Sjá einnig ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins í máli nr. 40/2009 og nr. 17/2010

<sup>150</sup> Fundargerð verðlagsnefndar búvöru frá 17. febrúar 2014.

<sup>151</sup> Sjá 4. gr. frumvarps til laga um breytingu á búvörulögum, búnaðarlögum og tollalögum (Lagt fyrir Alþingi á 145. löggjafarþingi 2015–2016.) Þingskjal 1108 — 680. mál.

<sup>152</sup> Sjá t.d. skjal MS „*Markaðsáætlun 2009*“ en þar segir: „*Staða MS sem markaðsráðandi aðila getur haft áhrif á samningsstöðu kaupenda. Fyrirtækinu er strangt til tekið óheimilt að gera upp á milli viðskiptavina sinna.*“ Gerð er grein hér á eftir fyrir öðrum skjölum MS þar sem sama mat kemur fram.



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.

Í kærni til áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nefndarinnar nr. 5/2014 mótmælti MS markaðsskilgreiningu ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 26/2014, þ.e. að markaðurinn teljist *heildsala á hefðbundinni hrámjólk til vinnslu*. Vísaði MS til þess að rökstuðningur Samkeppniseftirlitsins fyrir þeirri niðurstöðu væri takmarkaður og helst sá að ekki sé staðganga á milli hrámjólkur annars vegar og annarra hráefna hins vegar. Byggir MS á því að við framleiðslu mjólkurvara geti í ákveðnum tilvikum verið staðganga á milli hrámjólkur og annarra hráefna.

MS heldur því fram að engin ástæða sé fyrir því að viðkomandi markaður ætti að teljast heildsala frekar en sala á hefðbundinni hrámjólk til vinnslu. Sé augljóst að fullkomin staðganga sé á milli þeirrar hrámjólkur sem keppinautar geti keypt af mjólkurbændum annars vegar og þeirrar hrámjólkur sem þeir kaupi af MS hins vegar. Með hliðsjón af því að um 650 mjólkurbændur starfi á markaðnum fyrir sölu á hrámjólk sé það mat MS að afar ólíklegt verði að teljast að félagið geti talist í markaðsráðandi stöðu.

MS hefur talið 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 tveimur aðskildum mörkuðum.

MS hélt því fram að ákvörðun nr. 26/2014 hefði einnig verið gölluð að því leyti að undirmarkaðir málsins hefðu ekki verið skilgreindir. Þörf hafi verið á því að skilgreina þann eða þá markaði sem m.a. Mjólkurbúið og Mjólka II starfi á. Ella verði 11. gr. samkeppnislaga ekki réttilega beitt í málinu.

MS hefur einnig byggt á því að Mjólkurbúið og Mjólka II geti ekki talist keppinautar á sama vörumarkaði þar sem Mjólkurbúið noti ekki þá hrámjólk sem það kaupi af MS til framleiðslu á vörum sem einnig séu framleiddar af Mjólku II eða geti talist staðgönguvörur fyrir þær. Jafnframt hefur MS sett fram sjónarmið sem eiga að sýna að Mjólka I hafi ekki verið keppinautur þess eða KS.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er ljóst að markaði fyrir framleiðslu, dreifingu og sölu mjólkurafurða megi 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 Mjólkursamsölnunnar 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 undanrennudufti.

Verður nú gerð grein fyrir niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins á skilgreiningu á mörkuðum þessa máls.

### 1.1 Ekki staðganga milli hrámjólkur og annarra hráefna

Almennt séð má segja að sérstaða mjólkur sé með þeim hætti að hún hafi mjög takmarkaða staðgöngu við aðrar vörur. Í álitsgerð, 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 staðganga kann að vera fyrir hendi í sumum tilvikum t.d. milli jógurts, skyr og súrmjólkur.“<sup>153</sup>

Mál þetta varðar viðskipti MS með hrámjólk. Hrámjólk er notuð sem hráefni til að framleiða ýmiss konar mjólkurafurðir eins og drykkjarmjólk, osta, jógúrt, skyr o.fl. Ljóst er að þegar um er að ræða framleiðslu á mjólkurafurðum er ekki staðganga á milli hrámjólkur og annarra hráefna.<sup>154</sup> Tekið er undir þetta í bréfi KS frá 12. febrúar 2105.<sup>155</sup> Í samkeppnisrétti hefur því verið litið svo á að kaup á hefðbundinni hrámjólk tilheyri sérstökum markaði.<sup>156</sup>

Kaup á lífrænni hrámjólk tilheyri hins vegar ekki þeim markaði þar sem ekki sé staðganga milli hefðbundinnar og lífrænnar mjólkur.<sup>157</sup> Samkeppniseftirlitið telur að sömu sjónarmið eigi við í þessu máli. Verður því ekki frekar fjallað um lífræna hrámjólk í þessu máli.

Í athugasemdum sínum frá 12. janúar 2016 ítrekar MS það sjónarmið sitt að við framleiðslu mjólkurvara geti í ákveðnum tilvikum verið staðganga á milli hrámjólkur og annarra hráefna. Þessu til stuðnings bendir MS á að Mjólkurbúið hafi framleitt sýrðan rjóma og rifost úr m.a. mjólkurafurðum frá MS sem þegar hafi fengið vinnslu í afurðastöð en ekki hrámjólk (þ.e. ostur, undanrennuduft og smjör). Telur MS þannig að markaðurinn fyrir helsta hráefnið til framleiðslu mjólkurvara sé ekki aðeins hrámjólk heldur einnig aðrar mjólkurvörur sem MS framleiðir. Með öðrum orðum vill MS meina að til séu staðgönguvörur fyrir hrámjólk sem séu vinnsluvörur MS á öðru sölustigi en hrámjólk.

Sú ráðstöfun Mjólrubúsins að nota unnar mjólkurvörur sem hráefni var afleiðing af verðstefnu MS á hrámjólk til Mjólkurbúsins sem var félaginu mun dýrari í innkaupum en hrámjólk til þeirra sem voru tengdir MS eignarböndum. Ella hefði engin ástæða verið fyrir Mjólkurbúið að nota við sína framleiðslu dýrara hráefni (unna mjólkurvörur) heldur en óunnið og þar með ódýrara hráefni (hrámjólk). Eru þessar ráðstafanir Mjólkurbúsins (að

<sup>153</sup> Bls. 28 í álitsgerðinni.

<sup>154</sup> Á heimasíðu Matvælastofnunar segir: „Mjólk er kúamjólk sem fengin er við reglubundnar mjaltir og ætluð er til manneldis. Úr mjólk, sem lögð er inn í mjólkurstöð, má ekkert taka og engu í bæta. Mjólkurvara er hver sú matvælategund sem eingöngu er unnin úr mjólk þar sem viðurkennt er að bæta megi við efnum sem nauðsynleg eru við framleiðslu þeirra, að því tilskildu að þessi efni séu ekki notuð að hluta til eða alfarið í stað innihaldsefna mjólkur.“

<sup>155</sup> Í bréfinu segir: „Hrámjólk er til þess að gera einsleit vara og almennt geta aðrar vörur ekki þjónað sama tilgangi í framleiðslu á mjólkurvörum.“

<sup>156</sup> 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.“

<sup>157</sup> Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 27. september 2012 í máli nr. COMP/M.6611, Arla Foods/Milk Link.



vinna afurðir úr unnum mjólkurvörum í stað hrámjólkur) ekki því til vitnis að full staðganga sé milli hrámjólkur og unninna mjólkurvara heldur frekar til vitnis um það óeðlilega ástand sem ríkti á þessu sviði viðskipta á rannsóknartímabilinu.

Til viðbótar ber að hafa í huga að tilgangur þess að skilgreina markaði í samkeppnisrétti er ekki síst sá að meta það samkeppnislega aðhald sem ætlað markaðsráðandi fyrirtæki stendi frammi fyrir. Samkeppniseftirlitið fær ekki séð að það mat myndi breytast þótt aðrar söluvörur MS en hrámjólk teldust tilheyra markaði málsins. Eftir sem áður tók MS við um 90% af allri hrámjólk frá bændum og var í yfirburðastöðu á öllum sviðum mjólkurviðskipta.

Í málinu verður því að leggja til grundvallar að fyrir þau fyrirtæki sem vilja framleiða og selja mjólkurvörur sé hrámjólk nauðsynlegt hráefni og að markaður málsins taki til sölu á því.

### 1.2 Markaður fyrir heildsölu á hrámjólk til vinnslu

MS er í eigu nánast allra mjólkurframleiðenda á Íslandi. Safnar MS hrámjólk frá eigendum sínum um allt land og flytur í fimm mjólkurstöðvar.<sup>158</sup> Auk yfirburða í viðskiptum með mjólk er MS eitt stærsta dreifingarfyrirtæki landsins.<sup>159</sup>

MS notar umrædda hrámjólk til eigin afurðavinnslu og hefur selt hana til KS, Mjólk I og Mjólk II og Mjólkurbúsins. MS hefur selt þessum aðilum hrámjólk, óháð því til hvaða nota hún er keypt. Mál þetta varðar ekki einungis verðlagningu MS á hrámjólk til Mjólk I og síðar Mjólkurbúsins heldur einnig með hvaða hætti MS verðleggur hrámjólk til eigin vinnslu og til tengdra aðila samanborið við heildsöluverðlagningu á sama hráefni til ótengdra aðila á sama vinnslu- og sölustigi.

Það hefur þýðingu fyrir skilgreiningu á mörkuðum í samkeppnisrétti að líta til verkaskiptingar í starfsemi fyrirtækja en hún getur endurspeglad þá markaði sem þau starfa á. Þannig getur vöruframleiðsla verið sérstakur markaður og hið sama gildir um heildsöludreifingu og smásöluverslun. Lóðrétt samþætting (e. *vertical integration*) á starfsemi fyrirtækja hefur þó leitt til þess að bæði framleiðendur og dreifingaraðilar (oftast innflytjendur) stunda í mörgum tilvikum heildsöludreifingu og/eða smásölu á vörum sínum. Ennfremur eru þess dæmi að smásöluaðilar stundi eigin innflutning eða framleiðslu á þeim vörum sem þeir selja í smásölu. Þessi starfsútvíkkun fyrirtækja hefur þó ekki breytt því að framleiðslustarfsemi fer fram á sérstökum mörkuðum, heildsölustarfsemi á öðrum mörkuðum og smásala á enn öðrum. Alþekkt er þannig í samkeppnisrétti að heildsala á tiltekinni vöru getur myndað sérstakan markað.<sup>160</sup>

<sup>158</sup> Lýst svo á heimasíðu MS: „**MS er er í eigu íslenskra kúabænda** Mjólkursamsalan hefur frá upphafi verið í eigu íslenskra kúabænda og fjölskyldna þeirra og segja má að MS sé stærsta fjölskyldufyrirtæki landsins. Eigendur okkar eru 650 kúabændur sem búsettir eru um allt land. ... Hlutverk félagsins er að taka við mjólk frá eigendum okkar og breyta í hollar og góðar mjólkurafurðir í takt við þarfir neytenda. MS safnar mjólk frá öllum eigendum sínum víðs vegar um landið og flytur í mjólkurstöðvar á Selfossi, Akureyri, Egilsstöðum, Búðardal og Reykjavík. MS dreifir tilbúnum mjólkurvörum til ríflega 3000 viðskiptavina um allt land.“

<sup>159</sup> Lýst svo á heimasíðu MS: „Mjólkursamsalan er eitt stærsta dreifingarfyrirtæki landsins. Bílar félagsins flytja á ári hverju sem nemur um 120.000 tonnum af mjólk frá framleiðendum til afurðastöðvanna á ári. Tilbúna afurðir eru fluttar í stórum stíl til dreifingarmiðstöðva um allt land. Auk þess fer fram staðbundin dreifing til þrjú til fimm þúsund viðskiptavina víðsvegar um allt land.“

<sup>160</sup> Sjá t.d. Bellamy & Child, European Union Law of Competition, sjöunda útgáfa 2013, bls. 262.



Þegar MS selur umræddum viðskiptavinum hrámmjólkk til framleiðslu mjólkurafurða er um að ræða heilðsölu. MS hlaut að hafa verið ljóst að þessi viðskipti voru á heilðsöluþtigi enda vísaði fyrirtækið á sínum tíma til heilðsöluverðs verðlagsnefndar búvöru á mjólk í lausu máli til stuðnings því að verðlagning á hrámmjólkk til m.a. Mjólkurbúsins væri eðlileg.<sup>161</sup>

Mynd 1 lýsir heilðsöluþmarkaði fyrir hrámmjólkk á rannsóknartímabilinu (2008-2013) og hvernig hrámmjólkk var verðlögð í heilðsöluviðskiptum MS til tengdra aðila annars vegar, KS og Mjólkku II (MII), og ótengdra aðila hins vegar. Kaup Mjólkku I (MI) og Vesturmmjólkur (VM) á hrámmjólkk til vinnslu mjólkurafurða er sýnd með brotinni línu þar sem þau félög hættu starfsemi í árslok 2009 (MI) og í upphafi árs 2012 (VM). Mjólkku I hóf starfsemi á árinu 2005 og keypti hrámmjólkk frá bændum fram til ársins 2008 en varð háð MS um hrámmjólkk til vinnslu eftir að MS keypti innvigtunarbúnað og mjólkurbíla Mjólkku I þann 10. mars 2008. Vesturmmjólk hóf starfsemi á árinu 2010 og framleiddi drykkjarmjólk, jógúrt og sýrðan rjóma undir heitinu Baula. Tekjur Vesturmmjólkur voru engar á árinu 2010 og tæplega 31 milljón kr. á árinu 2011 sem eru hverfandi í samanburði við tekjur MS á viðkomandi þmarkaði.<sup>162</sup> Mjólkurbúið (MB) hóf starfsemi á árinu 2010 og framleiðir ýmsar mjólkurafurðir eins og sjá má í töflu 8 hér að framan.

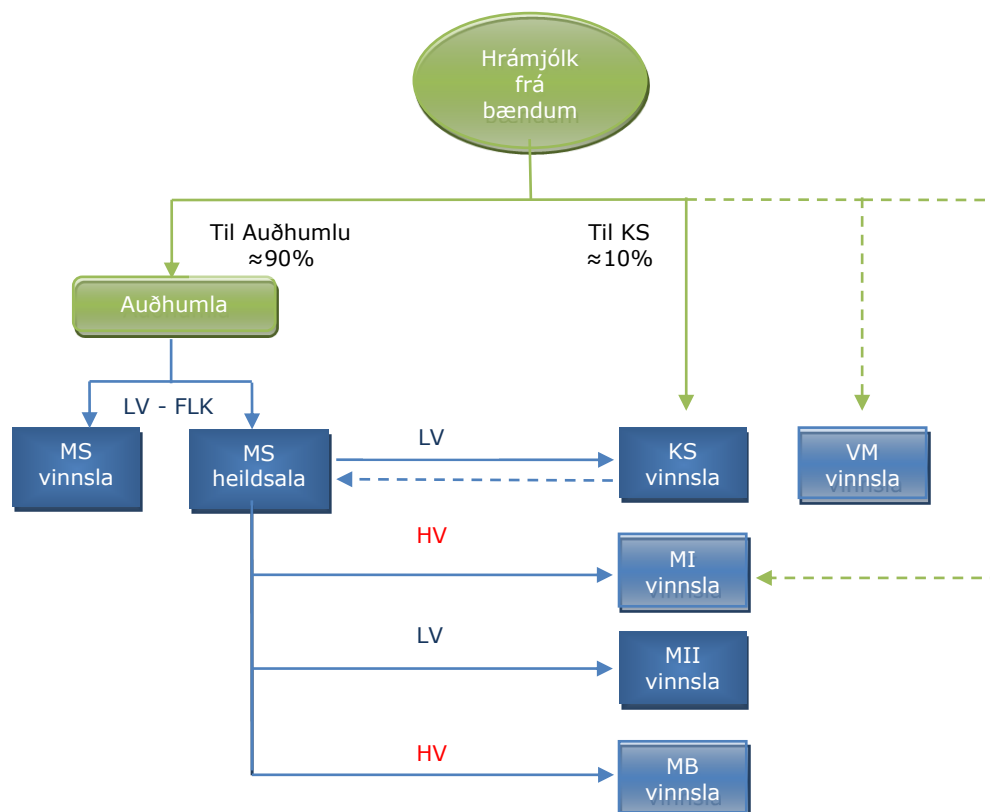
---

<sup>161</sup> Ágreiningslaust er hins vegar í málinu núna að verðlagsnefnd ákvað ekki á rannsóknartímabilinu heilðsöluverð á hrámmjólkk í viðskiptum milli afurðastöðva, sbr. úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2014.

<sup>162</sup> Upplýsingar úr ársreikningum Vesturmmjólkur fyrir árin 2010 og 2011.



**Mynd 1. Heildsölumarkaður með hrámjólk<sup>163</sup>**



Mjólkurbændur starfa ekki á viðkomandi heildsölumarkaði þessa máls eins og sjá má á mynd 1 og ekki er um aðra aðila sem annast miðlun hrámjólkur til vinnsluáðila en MS á heildsölustigi, sbr. einnig hér á eftir. Með hliðsjón af framangreindu er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að markaður málsins sé heildsala á hrámjólk til vinnslu mjólkurafurða. Eins og farið verður yfir hér á eftir geta sjónarmið sem MS hefur sett fram ekki breytt þessu.

KS seldi einnig MS hrámjólk á árunum 2009 til ársins 2011 á lágmarksverði til bænda, sbr. brotalínu á mynd 1. Ekkert var fjallað um þessi viðskipti í samkomulaginu frá júlí 2008 eða viðaukum og samningum sem síðar voru gerðir milli félaganna. Um var að ræða um 26,7 þús. lítra árið 2009, 114,7 þús. lítra árið 2010 og 18,1 þús. lítra árið 2011 sem var þó lítið magn í samanburði við sölu á sama hráefni frá MS til KS.

### 1.3 Starfa mjólkurbændur á sama markaði og MS?

MS telur að skilgreina eigi markaðinn sem sölu á hrámjólk til vinnslu. Öðruvísi sé ekki réttilega tekið tillit til þess að MS sé í raun í samkeppni við alla eigendur sína (þ.e. þá 650 mjólkurbændur sem eru félagsmenn í Auðhumlu sem á áfrýjanda) og geti því ekki verið markaðsráðandi.

<sup>163</sup> Skammstafanir fyrir heildsöluverð á hrámjólk í viðskiptum afurðastöðva í mynd 1 eru eftirfarand: LV = lágmarksverð til bænda fyrir hrámjólk samkvæmt auglýsingu verðlagsnefndar búvöru, FLK = flutningskostnaður greiddur af bændum, HV = heildsöluverð fyrir gerilsneydda mjólk í lausu máli samkvæmt auglýsingu verðlagsnefndar búvöru.



Sú staðreynd ein að hrámjólkin sem m.a. Mjólkurbúið hefur keypt af MS er sama vara og Mjólkurbúið gæti hugsanlega keypt beint af mjólkurbændum leiðir ekki til þeirrar niðurstöðu að MS og um 650 mjólkurbændur starfi á sama markaði sem sé sala á hrámjólk til vinnslu. Skal þetta útskýrt nánar.

Í samkeppnisrétti liggur fyrir að tiltekin vara getur verið boðin á mismunandi sölustigum sem ráða því hvaða markað er um að ræða, sbr. einnig umfjöllun hér á eftir. Sem dæmi má nefna að sala á dagvörum í matvöruverslunum hefur verið skilgreind sem sérstakur vöru- og þjónustumarkaður í samkeppnisrétti og hefur sú skilgreining verið staðfest af Hæstarétti Íslands.<sup>164</sup> Hluti af dagvörum er t.d. ís og ísvörur en heildsöludreifing á þessum vörum til matvöruverslana hefur verið skilgreind sem sérstakur markaður.<sup>165</sup> Þó bæði matvöruverslanir og ísframleiðendur og/eða innflytjendur á ís selji sömu vöruna eða vörunar leiðir það ekki til þess að þeir starfi á sama markaði við sölu á ís eða ísvörum. Sú þjónusta sem aðilarnir veita í tengslum við söluna og þarfir viðskiptavina eru ólíkar sem leiða til þess að um sitt hvorn markaðinn er að ræða. Hið sama er uppi á teningnum í þessu máli.

Ef litið er til markaðarins fyrir *heildsölu á hrámjólk til vinnslu* sem MS starfar á er ljóst að hann felur í sér ráðstöfun félagsins á hrámjólk sem safnað hefur verið frá bændum. Er hrámjólkinni aðallega ráðstafað til eigin vinnslu en einnig seld til tengdra og ótengdra aðila. Eru keppinautar MS í vinnslu og sölu mjólkurafurða á borð við Mjólkurbúið og Mjólku I því viðskiptavinir MS sem annast dreifingu á hrámjólk í heildsölu beint til kaupenda, þ.e. vinnsluaðilanna. Bændur sem eru framleiðsluaðilar á hrámjólk starfa á öðru sölustigi og tilheyra því ekki þessum markaði jafnvel þótt um sambærilega vöru eða hráefni sé að ræða. Þetta sést m.a. glöggt í því að settir hafa verið sérstakir viðskiptaskilmálar Auðhumlu gagnvart bændum vegna mjólkurkaupa Auðhumlu af bændum. Í skilmálunum er Auðhumla nefnd kaupandi en bændur seljendur. Segir m.a. eftirfarandi í skilmálunum sem tóku gildi 1. ágúst 2011:

*„Skilmálunum er ætlað að skýra réttindi og skyldur seljenda og kaupanda mjólkur með hliðsjón af framangreindum lögum. Í flestu endurspeglar þeir það vinnulag sem nú er á söfnun, gæðamælingum, eftirliti og þjónustu við framleiðendur.“*

Af þessu og fleiri atriðum í viðskiptaskilmálunum verður ekki séð að Auðhumla telji að fyrirtækið starfi á sama markaði og bændurnir sem eru í viðskiptasambandi við félagið. Ákvæði í 2. tl. viðskiptaskilmálanna sýnir einnig að ekki er litið á bændur eins og þeir starfi á sama markaði og Auðhumla/MS en þar segir t.d. að innan greiðslumarkársars eða á meðan viðskiptasamband aðila er í gildi sé kaupandi skuldbundinn til að taka á móti allri mjólk seljanda (greiðslumarksmjólk og umfram mjólk) og seljandinn skuldbundinn til að afhenda kaupanda alla framleiðslu sína nema það sem sé til heimilisnota og heimavinnslu.

<sup>164</sup> Sjá dóm Hæstaréttar Íslands í máli nr. 188/2010 *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

<sup>165</sup> Sjá úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 13/2003 *Emmessís hf. gegn samkeppnisráði*.



Þá er ljóst að afurðastöð sem ætlaði sér að kaupa hrámjólk beint af bændum þyrfti að eiga m.a. mjólkurbíl og innvigtunarbúnað og safna mjólkinni sjálf frá bændum.<sup>166</sup> Móðurfélag MS, Auðhumla, hefur með þetta hlutverk að gera fyrir MS og hefur fullyrt að gífurleg hagræðing sé fólgin í skipulagðri söfnun á mjólk hjá öllum bændum. Stærðarhagkvæmni sé veruleg.<sup>167</sup> Hlutverk MS er síðan m.a. að sjá um móttöku og ráðstöfun á þeirri mjólk sem Auðhumla kaupir af bændum eins og framar segir. Ber í þessu samhengi að árétta að MS hefur lýst sér sem eitt stærsta dreifingarfyrtæki landsins eins og framar segir. Er því ljóst að sú þjónusta sem bændur geta veitt vinnsluaðilum sem kaupendum á hrámjólk annars vegar og MS veitir hins vegar er gerólík. Af þessu markast skilgreining markaðarins í þessu máli. Ekki er um staðgöngu að ræða á milli þeirrar þjónustu sem þessir aðilar (þ.e. MS og bændur) geta veitt við sölu og afhendingu á hrámjólk.

MS segir að samkvæmt viðskiptaskilmálum Auðhumlu séu mjólkurbændur skuldbundnir að afhenda félaginu alla þá hrámjólk sem þeir framleiði og Auðhumla sé skuldbindin til að taka við allri framleiddri hrámjólk. Hins vegar sé samband Auðhumlu og mjólkurbænda mjög „sveigjanlegt“ og bændur geti losnað úr viðskiptum eftir tveggja mánaða uppsagnafrest. Segir MS að á rannsóknartímabilinu „*gat Mjólka I/Mjólkurbúið t.a.m. keypt hrámjólk beint af framleiðendum með sama hætti og aðrar afurðastöðvar gerðu. ... Um 650 mjólkurframleiðendur starfa á markaðnum fyrir sölu á hefðbundinni hrámjólk til vinnslu. Með hliðsjón af þeim mikla fjölda, er það mjög ólíklegt að MS sé í raun ráðandi ...*“ á markaðnum fyrir „*sölu á hrámjólk til vinnslu.*“ MS vísar einnig til þess að félagið reki „*mjólkursöfnunarkerfi sem nær til alls landsins*“ en ekkert komi í veg fyrir að minni afurðastöðvar eigi viðskipti við mjólkurbændur og komi sér upp litlu (og hagkvæmu) dreifingakerfi og því hljóti mjólkurbændur „*að vera beinir þátttakendur á þessum markaði*“ MS geti því ekki verið í markaðsráðandi stöðu.

Samkeppniseftirlitið telur að þessi sjónarmið MS staðfesti að skilgreining eftirlitsins á markaðnum sé rétt. Mjólkurbændur reka ekki „*mjólkursöfnunarkerfi*“ og sinna því ekki sömu starfsemi og MS samstæðan sem rekur slíkt kerfi og selur í heildsölu þá hrámjólk sem hún safnar frá bændum. Þó önnur afurðastöð geti hugsanlega komið inn á markaðinn fyrir heildsölu á hrámjólk og hafið samkeppni við MS, með því að eiga viðskipti við hóp mjólkurbænda og koma sé upp dreifingakerfi, breytir það engu um skilgreiningu á markaði og leiðir ekki til þeirrar niðurstöðu að mjólkurbændur starfi á sama markaði og MS.

Samkeppniseftirlitið bendir einnig á að Mjólka I gerði samning við MS sem undirritaður var þann 10. mars 2008 um sölu Mjólku I á innvigtunarbúnaði og mjólkurbílum til MS eftir árangurslausar tilraunir félagsins til þess að selja MS umframbirgðir af mjólk eins og lýst er í ákvörðun eftirlitsins nr. 26/2014.

Ekki er heldur unnt að fallast á það með MS að öllu máli skipti varðandi mat á markaðsráðandi stöðu hvort MS teljist starfa á sama markaði og eigendur félagsins, þ.e. bændur. Ljóst er að jafnvel þó litið yrði svo á að bæði MS og um 650 mjólkurbændur myndu

---

<sup>166</sup> Í þessu sambandi má nefna að mjólkursöfnun Mjólku I varð mjög óhagkvæm þegar ljóst varð að Vífilfell hf. keypti mun minni mjólk en áætlað hafði verið, sbr. nánar hér á eftir um viðskipti Mjólku I og Vífilfells. Neyddist Mjólka I til að selja MS innvigtunarbúnað og mjólkurbíl og snúa sér til MS við öflun á hrámjólk.

<sup>167</sup> Innvigtun mjólkur árið 2013 var á hendi tveggja aðila skv. ársskýrslu Auðhumlu árið 2013 en þeir voru Auðhumla og Mjólkursamlag KS. Innvigtun allrar mjólkur árið 2013 (bæði innan greiðslumarks og utan) var 123 milljónir lítra en þar af var innvigtun hjá Auðhumlu um 111 milljónir lítra eða um 90% af allri innvigtadari mjólk sem komið var til MS.



starfa á þeim markaði sem MS telur að eigi að miða við er fyrirkomulag viðskipta með hrámjólk þannig að Auðhumla kaupir hana af nær öllum bændum landsins og selur til MS sem svo annast heilidsöludreifingu til annarra afurðastöðva eins og áður greinir. Með öðrum orðum hafa þessir mjólkurbændur ekki veitt MS samkeppni í sölu á hrámjólk til vinnsluaðila um langt skeið. Þvert á móti hafa mjólkurbændur í nær öllum tilvikum afsett hrámjólk beint til MS (fyrir milligöngu Auðhumlu) þar sem vinnsluaðilar hafa keypt hana í heilidsölu og hafa í raun ekki haft aðra möguleika til að verða sér út um hráefnið. Í umfjöllun um mögulega markaðsráðandi stöðu MS verður nánar tekið til athugunar hvort eigendur félagsins, þrátt fyrir að starfa ekki á sama markaði, geti eftir sem áður veitt samkeppnislegt aðhald.

Með hliðsjón af framangreindu áréttar Samkeppniseftirlitið þá niðurstöðu sína að markaður málsins að þessu leyti telst vera heilidsala á hrámjólk til vinnslu mjólkurafurða.

#### 1.4 Markaðir fyrir framleiðslu og sölu á mjólkurafurðum

Sá markaður sem mestu skiptir í þessu máli er framangreindur markaður fyrir heilidsölu á hrámjólk til vinnslu. Verður í máli þessu tekið til athugunar hvort MS hafi verið markaðsráðandi á þeim markaði og eftir atvikum misnotað stöðu sína á honum.

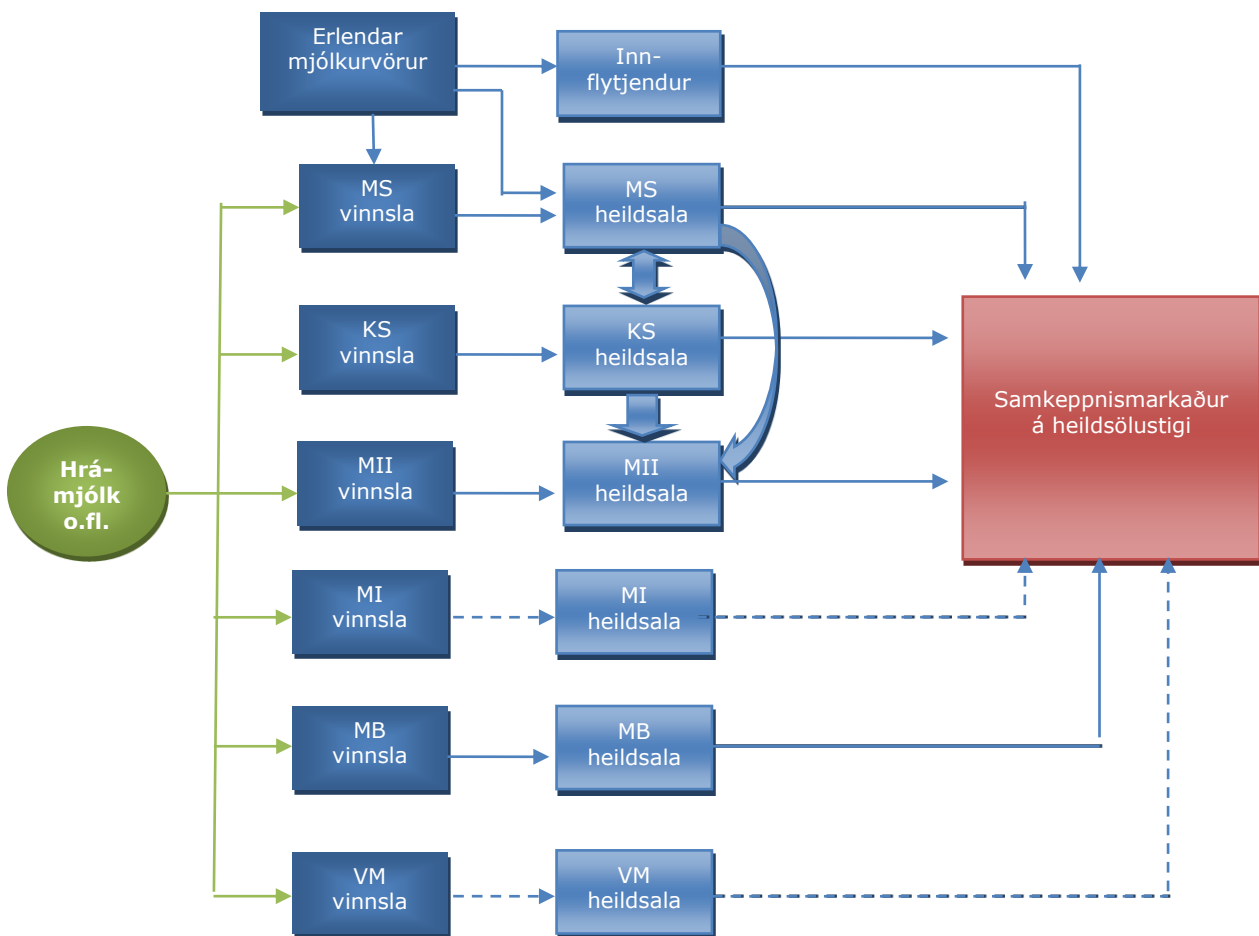
Í hinu eldra máli gagnrýndi MS Samkeppniseftirlitið fyrir að hafa ekki skilgreint þá markaði sem m.a. Mjólka II og Mjólkurbúið starfi á og því hafi verið ósannað að þessi fyrirtæki séu keppinautar og að ætluð mismunun hafi raskað samkeppni. Samkeppniseftirlitið taldi þessa gagnrýni ekki eiga rétt á sér, sbr. umfjöllun í ákvörðun nr. 26/2014 og í greinargerð og svörum fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála í máli nr. 5/2014.

Í ljósi sjónarmiða MS er hins vegar gagnlegt að fjalla nánar um stöðu fyrirtækja sem framleiða og selja mjólkurvörur og beindist ný gagnaöflun Samkeppniseftirlitsins m.a. að þessu.

Í upphafi er gagnlegt að horfa á heildarmarkaðinn til og með heilidsölu á mjólkurvörum. Á mynd 2 má sjá yfirlit um þátttakendur á heildarmarkaði fyrir mjólkurafurðir á rannsóknartímabilinu og hlutverk þeirra. Heilidsöluviðskipti á milli MS, KS og Mjólku II með mjólkurafurðir falla eins og gefur að skilja hér undir sem og innflutningur mjólkurafurða. Sala Mjólku I og Vesturmjólkur er sýnd með brotinni línu af sömu ástæðu og á mynd 1.



**Mynd 2. Innlend vinnsla mjólkurafurða, innflutningur og heildsala mjólkurafurða**



Á myndinni má sjá að MS flytur inn mjólkurafurðir sem notaðar er bæði sem hráefni til eigin vinnslu, sbr. smjörinnflutning 2013, og til sölu á heildsölumarkaði, sbr. ostainnflutning, ásamt eigin framleiðslu. Í töflu 15 má sjá verðmæti innfluttra mjólkurvara frá árinu 2008 til ársins 2013.

**Tafla 15. Innfluttar mjólkurafurðir árin 2008 – 2013, cif verð í milljónum kr.**

	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Mjólk rjómi og mjólkurvörur	76,6	65,1	74,8	103,3	134,4	169,3
Smjör	0,0	0,1	0,0	0,1	0,1	65,0
Ostur og ostahlaup	192,9	189,1	175	193	221,9	311
<b>Samtals</b>	<b>269,5</b>	<b>254,3</b>	<b>249,8</b>	<b>296,4</b>	<b>356,4</b>	<b>545,3</b>

Heimild: Hagstofa Íslands

Eins og sjá má eru innfluttar vörur óverulegur hluti af innlendum mjólkurvörumarkaði samanborið við t.d. tekjur MS sem voru um 22 milljarðar kr. á árinu 2013. Þá er MS auk þess virkur innflytjandi mjólkurvara sem félagið selur samhliða eigin framleiðslu eða





fargar<sup>168</sup> auk þess að nýta innfluttar afurðir sem dýrafóður, sbr. Írskt smjör sem MS flutti inn árið 2013.<sup>169</sup>

Hrámjólk var ekki flutt inn á rannsóknartímabilinu og MS nánast eina fyrirtækið sem seldi hana í heildsölu. Við blasir að hrámjólk er mikilvægasta hráefnið við framleiðslu á mjólkurafurðum. Í ávarpi stjórnarformanns MS í ársskýrslu fyrir árið 2013 segir að „[h]ráefniskaup af bændum, eigendum Auðhumlu, eru langstærsti útgjaldaliður í mjólkuriðnaði og eru um helmingur af kostnaði mjólkurvinnslufyrirtækja.“

Þrátt fyrir framangreint heldur MS því fram í þessu máli að hrámjólk sé ekki nauðsynlegt hráefni í allar mjólkurvörur. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þetta. Ef mjólkurafurðir eiga að vera samkeppnishæfar á markaði að gæðum og verði þá þurfa þær að sjálfsögðu að vera framleiddar úr hrámjólk án verðmismununar frá seljanda. Mjólka I og II, KS, Mjólkurbúið (og MS sjálf) eru allt fyrirtæki sem framleiða og selja mjólkurafurðir. Til þess að geta framleitt og selt mjólkurafurðir þarf, eðli málsins samkvæmt, fyrst að kaupa mikilvægasta hráefnið (hrámjólk) og síðan að vinna það og umbreyta í tiltekna mjólkurafurð. Í bréfi Mjólku II frá 12. febrúar 2015 segir:

*„Fyrir framleiðslu á mjólkurvörum þarf að fjárfesta í tækjum sem í sumum tilvikum eru mjög sérhæfð. Verða tækin ekki notuð til þess að framleiða hvaða mjólkurvörur sem er. Það er hins vegar einfalt fyrir þá sem á annað borð kaupa hrámjólk að framleiða hvaða afurð sem er með því einu að kaupa til þess rétta tækjabúnaðinn. Við framleiðslu á mjólkurafurðum myndast gjarnan ný hráefni úr þeim efnum sem ganga af við framleiðsluna. Við framleiðslu á mozzarella fellur þannig til rjómi og við framleiðslu á föstum ostum fellur til mysa. Þau efni sem þannig falla til geta verið verðmæt og getur því verið vandasamt fyrir fyrirtæki að einskorða sig við framleiðslu á einni tegund mjólkurafurða.“<sup>170</sup>*

Á þessari innkaupa- og vinnsluhlið mjólkurmarkaðarins eru öll framangreind fyrirtæki augljósir keppinautar. Þær vörur sem umrædd fyrirtæki framleiða geta vitaskuld verið mismunandi en eiga það þó allar sammerkt að hrámjólk er bæði nauðsynlegt og mikilvægt aðfang sem grunnhráefni fyrir framleiðsluna og ekki er um staðgönguvörur að ræða sem þessir viðskiptavinir geta aflað. Staða öflugs seljanda á þessu grunnhráefni getur því verið mjög sterk gagnvart framleiðslufyrirtækjunum. Þekkt er þannig í samkeppnisrétti að ef fyrirtæki sem er markaðsráðandi í sölu á hrámjólk misbeitar stöðu sinni á einhvern hátt getur það með alvarlegum hætti raskað samkeppnisstöðu viðskiptavina sem framleiða mjólkurvörur úr hrámjólk.<sup>171</sup> MS, KS, Mjólka I, Mjólka II og Mjólkurbúið eru m.a. þátttakendur á framangreindum heildarmarkaði. Þrátt fyrir það heldur MS því fram í athugasemdum sínum frá 12. janúar 2016 að málið varði meinta ólögsmæta verðmismunun á milli einungis Mjólkurbúsins og Mjólku II. Eins og gefur að skilja er sú fullyrðing röng enda augljóst að afleiðing af verðlagningu MS á hrámjólk hafði áhrif á samkeppni og rekstur allra framangreindra fyrirtækja en ekki einungis Mjólkurbúsins og Mjólku II. Sú verðstefna hafði einnig áhrif á það hvaða vörur smærri keppinautar töldu sér fært að framleiða og

<sup>168</sup> <http://www.visir.is/apps/pbcs.dll/article?AID=2013709189939>

<sup>169</sup> <http://www.visir.is/kalfafodurssmjorid-kostadi-50-milljonir/article/2014710179937>

<sup>170</sup> Sömu sjónarmið koma fram hjá KS.

<sup>171</sup> Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 17. desember 2008 í máli nr. COMP/M.5046, *Friesland Foods/Campina*.



þjóða á markaði og er hún því ekki einungis bundin við þær vörur heldur einnig skerta mögulega samkeppni frá öðrum mjólkurvörum sem annars hefði getað orðið.

Næst kemur til skoðunar hvort MS, Mjólka I og II, KS og Mjólkurbúið hafi að einhverju leyti verið keppinautar á söluhlíðinni, þ.e.a.s. í sölu á sömu eða samskonar mjólkurafurðum til (aðallega) endurseljenda og stórnotenda.

Í bréfi MS frá 28. janúar 2015 eru lagðar til grundvallar mjög víðtækar markaðsskilgreiningar að þessu leyti. Virðist fyrirtækið byggja m.a. á þessu:

- Hvers konar ostar og viðbit (smjör, smjörvi o.fl.) séu hluti af markaðnum fyrir álegg. Samkvæmt þessu sé t.d. ostur á sama markaði og skinka, hangikjöt, kæfa og annað kjötálegg.
- Mjólkurdrykkir MS (vætanlega t.d. bæði nýmjólk og kókómjólk) séu á sama markaði og aðrar drykkjavörur eins og gosdrykkir, vatnsdrykkir og orkudrykkir.
- Skyr, jógúrt, AB-mjólk, ostakökur og desertostar eigi í samkeppni við allar aðrar „morgunvörur, millimál og eftirrétti“ eins og t.d. morgunkorn, samlokur og hvers konar skyndibita.

KS og Mjólka II byggja að einhverju leyti á samskonar víðtækri skilgreiningu og benda m.a. á að ólífuolía geti komið í stað smjörs og grænmeti eða kjötálegg komið í stað osta. Hins vegur kemur skýrt fram það mat þeirra að afurðastöðvar sem selja rjóma, sýrðan rjóma og fetaost séu keppinautar.

Framangreindar víðtækar eða rúmar markaðsskilgreiningar eru ekki í samræmi við fordæmi í samkeppnisrétti. Í ákvörðunum framkvæmdastjórnar ESB hefur verið fjallað um samruna afurðastöðva eða annarra fyrirtækja í mjólkuriðnaði sem starfa m.a. í Danmörku, Hollandi, Svíþjóð og Þýskalandi. Þessar ákvarðanir bera t.d. með sér að ferskar mjólkurvörur tilheyra sérstökum mörkuðum.<sup>172</sup> Hefðbundin drykkjarmjólk tilheyrir þannig sérstökum markaði og falla aðrar drykkjavörur eins og gosdrykkir eða orkudrykkir utan hans. Annað dæmi er jógúrt. Það er ekki hluti af heildar morgun- og/eða skyndibitamarkaði heldur er jógúrt talið tilheyra sérstökum markaði sem getur skipst í undirmarkaði (annars vegar hrein jógúrt og hins vegar jógúrt með t.d. bragðefnum eða ávöxtum (value added yoghurt)). Þá er ostur ekki hluti af heildaráleggsmarkaði heldur einnig hluti af sérstökum markaði sem einnig skiptist í undirmarkaði (m.a. smurosta, ferska osta, miðlungs þétta (e. semi-hard) og þétta osta).<sup>173</sup>

Í sjónarmiðum MS, KS eða Mjólk II er ekki útskýrt hvaða aðstæður það eru hér á landi sem leiða til þess að líta beri á markaði sem varða mjólkurvörur með mun víðtækari hætti en í nágrannalöndum. Samkeppniseftirlitinu er ekki kunnugt um neinar slíkar séraðstæður hér á landi. Þá er í málinu að finna gögn þar sem fram kemur að mjólkurvörur séu í sterkari

<sup>172</sup> Í þessum úrlausnum kemur m.a. fram að þegar um er að ræða markaðsskilgreiningar í framleiðslu á mjólkurvörum ber að gera greinarmun á annars vegar ferskri vöru og hins vegar vörum sem meðhöndlaðar hafa verið með þeim hætti (t.d. með leifturhitun) að þær hafa langt geymsluþol við stofuhita (t.d. g-vörur (longlife dairy products)). Ostur er síðan sérstakur flokkur.

<sup>173</sup> Sjá ákvarðanir framkvæmdastjórnar ESB í t.d. eftirfarandi málum: Frá 21. maí 2014 í máli nr. COMP/M.7232-Charterhouse/Nuova Castelli, frá 28. september 2012 í máli nr. COMP/M.6627-Arla Foods/Milch-Union Hocheifel, frá 1. apríl 2011 í máli nr. COMP/M.6119-Arla/Hansa, frá 17. desember 2008 í máli nr. COMP/M.5046-Friesland Foods/Campina.



stöðu hér á landi en annars staðar.<sup>174</sup> Er það ekki til stuðnings hinni rúmu markaðsskilgreiningu MS.

Í máli þessu er ekki þörf á því að skilgreina með tæmandi hætti alla undirmarkaði mjólkurvörumarkaðarins. Hér dugar að meta hvort annars vegar Mjólka I og Mjólkurbúið og hins vegar MS, KS eða Mjólka II hafi verið keppinautar í sölu á mjólkurafurðum.

Í töflu 9 hér að framan eru teknar saman þær mjólkurafurðir Mjólku I og Mjólkurbúsins sem kepptu við mjólkurafurðir MS, KS og Mjólku II á heildsölu- og smásölu markaði á rannsóknartímabilinu, þ.e. frá árinu 2008 til ársins 2013 (bæði ár meðtalin). Samkvæmt þessu voru annars vegar MS, KS og Mjólka II og hins vegar Mjólka I og Mjólkurbúið keppinautar í sölu á m.a. eftirfarandi mjólkurafurðum:

- Fetaostur
- Rifinn ostur
- Sýrður rjómi
- Jógúrt
- Kryddsmjör

Þessum vörum annars vegar frá Mjólku I og Mjólkurbúinu og hins vegar MS og tengdum fyrirtækjum var stillt upp hlið við hlið í samkeppni um hylli neytenda í kælum matvöruverslana á rannsóknartímabilinu. Ljóst er að hver og ein framleiðsluvara, fyrst Mjólku I og síðar Mjólkurbúsins, var í samkeppni við samskonar vörur MS og tengdra fyrirtækja. Þetta kemur skýrt fram í fyrri ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins og gögnum sem stafa frá m.a. MS og KS.

Í skjali frá MS, „Markaðsáætlun 2008“ er gerð grein fyrir vörum sem félagið telur vera í „beinni samkeppni“ við framleiðsluvörur félagsins. eru slíkar samkeppnisvörur sagðar vera m.a. fetaostur, sýrður rjómi og jógúrt frá Mjólku I.<sup>175</sup>

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 40/2009 kemur fram að Mjólka I var keppinautur MS og KS í sölu á m.a. fetaosti, rifnum osti, jógúrti og sýrðum rjóma. Það er ekki aðeins Samkeppniseftirlitið sem var þeirrar skoðunar að Mjólka I væri keppinautur MS og KS í sölu á þessum vörum. Í samrunatilkynningu KS frá 18. september 2009 er þannig staðhæft að Mjólka I hafi lagt „megináherslu á framleiðslu á jógúrti, skyri, sýrðum rjóma, eftirrættum og ostum.“ KS hafi hins vegar lagt megináherslu á framleiðslu osta. KS taldi samrunann hafa góð áhrif á samkeppni þar sem „sterkara félag verður til á markaði til að keppa við Mjólkursamsölu sem er langstærsti aðilinn á markaðnum.“

<sup>174</sup> Meðfylgjandi tölvupósti forstjóra MS frá 23. nóvember 2010 er að finna samantekt sem ætluð var fulltrúum Auðhumlu: „Á fulltrúafundinum kom fram að mjólkurvörur hafa nokkuð einstaka stöðu á markaði í dag. Sala þeirra hefur í meginatriðum haldið á sama tíma og magnsamdráttur í almennri dagvörusölu hefur orðið um 10% á tveimur árum frá hrúni fjármálakerfisins 2008. Ef sambærilegur samdráttur í magni hefði orðið á innlendum mjólkurvörumarkaði hefði heildarsölu samdráttur hjá MS orðið 1,7 milljarðar króna. ... Það er erfitt að slá föstu hverjar eru ástæður fyrir þessari sterku stöðu mjólkurvara. Hér eru þær fjórar sem ég tel skipta mestu: • Grunnþáttur í íslenskri neyslu. Hér er rík hefð fyrir mjólkurvöruneyslu og hráefnið gott (Íslendingar hafa alltaf neytt meiri mjólkurvara en aðrar þjóðir eins og sést á myndinni hér til hliðar). Hinar ástæðurnar eru sagðar hóflegt verð, öflugt sölu- dreifikerfi og stöðug vöruþróun.

<sup>175</sup> Markaðsáætlunum MS er lýst svo í inngangi þeirra: „Markaðsáætlunin er formleg umgjörð um allt sölu og markaðstarf fyrirtækisins. Hún er unnin af stjórnendum og starfsfólki á sölu og markaðssviði í samstarfi við önnur svið fyrirtækisins. Þegar farið er í gegnum vinnuna við markaðsáætlunargerðina er í raun farið í gegnum ákveðna „mini“ stefnumótun sölu og markaðsmála á hverju ári.“



Einnig vísast hér til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 17/2010. Í henni var lagt til grundvallar að MS og Mjólka I hafi verið keppinautar á tímabilinu 2005-2009 í sölu á mjólkurafurðum. Í því máli sendi Samkeppniseftirlitið bréf til MS og óskaði, með vísan til 19. gr. samkeppnislaga, eftir tilteknum upplýsingum. Var m.a. óskað upplýsinga um viðskiptavinum hjá MS sem hefðu hætt að kaupa/dregið úr kaupum á tilteknum vörum af MS (m.a. fetaostur, sýrður rjómi og jógúrt) og keypt þær þess í stað af Mjólku I. Í svari MS, dags. 8. apríl 2009, segir á bls. 2:

*„Í þessu samhengi telur MS hins vegar rétt að vekja á því athygli að viðskiptavinir eru á nokkurri hreyfingu. Líkur eru á því að einhver hluti þeirra, og jafnvel töluverður hluti þeirra, færi sig frá MS og yfir til Mjólku, og miðast þetta mat MS aðallega við þá markaðshlutdeild sem Mjólka hefur öðlast á stuttum tíma. Í meðfylgjandi fylgiskjali D má sjá að töluverð hreyfing er á viðskiptavinum umbjóðanda okkar og telur umbjóðandi okkar það gefa nokkuð góðar vísbendingar um að samkeppnin á markaðnum sé mikil.“*

Á bls. 3-4 í bréfinu lýsir MS því að samkeppni milli félagsins og Mjólku I sé „afar hörð.“ Er í því sambandi gerð grein fyrir því að MS og Mjólka I séu keppinautar í sölu á fetaosti og sýrðum rjóma, bæði til endurseljenda og til stórnotenda. Í bréfi MS frá 28. janúar 2015 segir að öll sjónarmið sem komu fram í bréfinu frá 8. apríl 2009 séu rétt. Þrátt fyrir að hafa í eldra bréfinu lýst Mjólku I sem keppinauti og gert grein fyrir markaðshlutdeild í t.d. sölu á fetaosti kveðst MS ekki hafa skilgreint neina markaði í hinu eldra bréfi. Eftir sem áður gerði MS Samkeppniseftirlitinu skýrlega grein fyrir því í bréfinu frá apríl 2009 að Mjólka I hefði verið keppinautur félagsins í sölu á tilteknum mjólkurafurðum. Í athugasemdum sínum frá 12. janúar 2016 staðfestir MS að Mjólka I hafi verið keppinautur MS.<sup>176</sup> KS lýsti sama mati í samrunatilkynningunni frá september 2009. Þetta er í samræmi við gögn málsins og mat Samkeppniseftirlitsins. Hið sama gilti augljóslega um Mjólkurbúið.

Til viðbótar má benda á að í markaðsáætlunum MS á árunum 2008 og 2009 er þess getið að samkeppnisleg ógn stafaði af Mjólku I við framleiðslu á framlegaðarháum vörum. Mjólkurbúið hóf starfsemi seint á árinu 2010 og lagði áherslu á framleiðslu á framlegðarháum vörum. Þær vörur má sjá í töflu 9 og voru þær þá ýmist framleiddar og seldar af MS og KS. Með samkomulaginu frá 15. júlí 2008 var ákveðið að KS tæki að sér í meira mæli að framleiða framlegðarháar vörur sem voru í samkeppni við Mjólku I og MS tæki við framleiðslu á framlegðarlágum vörum af KS eins og ferskvöru. Í samkomulaginu var markaðnum auk þess skipt upp með þeim hætti að KS seldi sína framleiðslu í Skagafirði auk umboðsvara MS eftir þörfum og MS seldi sína framleiðslu á öðrum markaðssvæðum auk umboðsvara KS. Með gagnkvæmum umboðslaunum var markaðslegur ávinningur MS og KS sameinaður í samkeppni gegn minni keppinautum eins og Mjólku I og síðar Mjólkurbúinu.

Með sama hætti og Mjólka I var Mjólkubúið einnig keppinautur MS og tengdra fyrirtækja. Mjólkurbúið framleiddi á hluta rannsóknartímabilsins m.a. sýrðan rjóma, fetaost, rifinn ost, mygluosta og kryddsmjör. Eru þetta allt vörur sem bæði MS og KS/Mjólka II framleiða og

---

<sup>176</sup> Sjá bls. 42 þar sem því er m.a. haldið fram að kröftug samkeppni frá Mjólku I sýni að MS hafi ekki verið markaðsráðandi.



selja og í bréfi MS frá 13. febrúar 2013 var og eðlilega bent á að Mjólkurbúið væri keppinautur MS.

Hér ber og að hafa í huga að í þessu máli ræður það ekki úrslitum hvað þetta varðar þó þessi fyrirtæki hafi ekki alltaf framleitt nákvæmlega sömu vörur úr hrámjólk. Samkeppnisstaða fyrirtækis eins og Mjólkurbúsins getur verið veikt með því einu að þurfa að greiða hærra innkaupsverð fyrir hrámjólk en t.d. Mjólk II með þeim afleiðingum að það verður mun erfiðara fyrir það fyrrnefnda að framleiða vörur sínar og selja og ekki síður takmarkað möguleika þess til að hefja framleiðslu á nýjum mjólkurvörum. Getur slíkt falið í sér augljósa röskun á samkeppni.

#### 1.5 Landfræðilegi markaðurinn

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.

Landfræðilegi markaður málsins er Ísland en hrámjólk til vinnslu í heildsölu er seld og henni dreift um land allt óháð staðsetningu kaupanda. Hið sama gildir um vörur sem eru unnar úr hrámjólkinni. Ekki ríkir ágreiningur um þetta.

## 2. **Staða MS á markaðnum**

Í hinu eldra máli mótmælti MS því að vera í markaðsráðandi stöðu. Byggði MS þetta mat á því að markaður málsins hafi verið ranglega skilgreindur og þar með ekki tekið tillit til þess samkeppnislega aðhalds sem um 650 mjólkurbændur veiti á markaðnum. Staðhæfði MS að markaðshlutdeild félagsins á markaði fyrir sölu á hrámjólk hafi verið 4,5% á árinu 2012 og 3,6% á árinu 2013. Í bréfi MS frá 28. janúar 2015 er enn byggt á því að mjólkurbændur séu keppinautar í sölu á hrámjólk til vinnslu. Hið sama er gert í athugasemdum félagsins frá 12. janúar 2016.

Samkeppniseftirlitið bendir á að 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.

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. dómnum styrkt frekar þá niðurstöðu að fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2013, *Valitor hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, er með vísan til dómaframkvæmdar bent á að allar líkur séu á að fyrirtæki sé markaðsráðandi ef það hafi 50% markaðshlutdeild eða meira, sbr. einnig dómur Hæstaréttar Íslands frá 26. apríl 2016 í máli nr. 419/2015, *Valitor hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. 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 keppinauta auk þess sem fleiri atriði geta komið til skoðunar, sbr. umræddan úrskurð áfrýjunarnefndarinnar.

## 2.1 Almennt um stöðu MS, eldri mál og eigið mat MS á stöðu sinni

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 runnu MS svf., Osta- og smjörsalan svf. og Norðurmjólk ehf. inn í nýtt félag, MS ehf. en það félag hóf rekstur í byrjun árs 2007.



- Mjög nán samvinna og eignatengsl eru á milli MS og KS.<sup>177</sup>

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

*„Með stofnun MS/Auðhumlu 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 fullunnum mjólkurvörum.“<sup>178</sup>*

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 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 Mjólkur ehf./Eyjabú ehf.*, var fjallað um mjólkurvörumarkaðinn, stöðu fyrirtækja á honum og tengsl MS við KS, í tengslum við kaup KS á Mjólkur 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%, Mjólkur 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 smjörsalan sf. inn í hið nýja rekstrarfélag. Osta- og smjörsalan var áður markaðs- og sölufyrirtæki í eigu fjögurra lögaðila, sem starfræktu níu afurðastöðvar. Það voru Mjólkursamsalan svf. (sem rak sex afurðastöðvar víðsvegar um landið), Norðurmjólk ehf., Mjólkursamslag Ísfirðinga svf. og KS. Tilgangur Osta- og smjörsölunnar 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 nánum tengslum MS við KS. Þannig var fjallað um eignatengslin 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. ársskýrslu MS 2013. Þá hafi kaupfélagsstjóri KS á árinu 2008 tímabundið verið annar tveggja forstjóra

<sup>177</sup> Í leiðara Guðbrands Sigurðssonar í 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 smjörsölunnar og MS. Í rauninni mætti bæta við fjórða félaginu sem er Mjólkursamslag KS á Sauðárkróki en það félag er í nánú og miklu samstarfi við Mjólkursamsöluna.“

<sup>178</sup> Sjá [www.audhumla.is](http://www.audhumla.is)



MS. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins var fjallað um það að KS og MS hefðu með sér mjög náið samstarf sem fælist í því að MS dreifði og seldi vörur 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 Mjólkku I naut við. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins var samruni KS og Mjólkku 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 markaðsstöðu Mjólkku og einnig komist að þeirri niðurstöðu að MS væri í markaðsráðandi stöðu.

Með bréfi, dags. 19. janúar 2014, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir afriti af samtímagögnum (t.d. minnisblöð eða tölvupóstur) frá rannsóknartímabilinu sem fela í sér umfjöllun, mat eða greiningu á samkeppni og/eða hverjir séu keppinautar MS. Í þessum gögnum MS kemur fram annað mat á stöðu fyrirtækisins en MS hefur sett fram gagnvart samkeppnisyfirlöndum.

Í skjölunum „Markaðsáætlun 2008“ og „Markaðsáætlun 2009“ segir:

*„Staða MS sem markaðsráðandi aðila getur haft áhrif á samningsstöðu kaupenda. Fyrirtækinu er strangt til tekið óheimilt að gera upp á milli viðskiptavina sinna.“*

Í skjölunum „Markaðsáætlun 2011“ og „Markaðsáætlun 2012“ segir:

*„MS er markaðsráðandi aðili og það takmarkar möguleika að vissu marki í samkeppni við nýja aðila á markaði.“*

Í sjónarmiðum sínum frá 12. janúar 2016 kveðst MS ekki mótmæla framangreindri umfjöllun „sem slíkr“ en segir að hún hafi enga þýðingu þar sem hún varði ekki stöðu MS á markaði þessa máls. Varðandi framangreindar markaðsáætlanir MS segir félagið að í þeim sé „hvergi vikið að stöðu fyrirtækisins á hinum skilgreinda markaði málsins. Um mögulega markaðsráðandi stöðu MS á öðrum mörkuðum er tengjast mjólkurafurðum tilbúnum til sölu fyrir neytendur verður ekki fjallað hér.“ MS útskýrir þannig ekki til hvaða markaðsráðandi stöðu sé verið að vísa að öðru leyti en hún varði ekki heildsölu á hrá mjólk heldur ótilgreindar mjólkurafurðir. Hér að framan er því lýst að MS leggur fram mjög rúmar skilgreiningar þegar um er að ræða mjólkurafurðir tilbúna til sölu til neytenda. Nýmjólk sé t.d. á sama markaði og aðrir drykkir eins t.d. gos- og vatnsdrykkir og t.d. skyr og jógúrt eigi í samkeppni við allar aðrar „morgunvörur, millimál og eftirrétti“ eins og t.d. morgunkorn og hvers konar skyndibita. Í ljósi þessa er það ekki trúverðug skýring hjá MS að umrædd ummæli varði á engan hátt sölu á grundvallarhráefni (hrá mjólk) sem hefur enga eða mjög takmarkaða staðgöngu við aðrar vörur heldur vísi til markaða þar sem MS staðhæfir í þessu máli að afar mikil samkeppni ríki.





Aðalatriðið hér er í umræddum samtímagögnum, markaðsáætlunum MS, er lagt til grundvallar að m.a. Mjólka I hafi verið keppinautur MS í sölu á mjólkurafurðum og sýna gögnin að MS var ljóst að fyrirtækið var markaðsráðandi og af því leiddur tilteknar skyldur skv. samkeppnislögum.

Þetta mat MS á stöðu sinni er til stuðnings því að fyrirtækið hafi verið í markaðsráðandi stöðu, sbr. dóma Hæstaréttar Íslands frá 19. febrúar 2004 í máli nr. 323/2003, *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*, og frá 14. mars 2013 í máli nr. 355/2012, *Lyf og heilsa gegn Samkeppniseftirlitinu*.

## 2.2 Markaðshlutdeild og keppinautar

Á árinu 2013 keypti Auðhumla yfir 90% af allri innvígtaðri mjólk sem seld var hér á landi (bæði innan og utan greiðslumarks). Var mjólkinn öll móttækin af MS sem síðan ráðstafaði henni til eigin vinnslu, tengdra aðila og keppinauta. Þeirri mjólk sem ekki var safnað af Auðhumlu var safnað af KS sem var þá með 10% af allri innvígtaðri mjólk. Saman keyptu MS og KS því 100% af allri hrámmjólk árið 2013. Átti þetta einnig við um árin 2012 og 2011. Á árinu 2010 keyptu þessir aðilar tæplega 100% þegar frá er talin óveruleg hlutdeild Vesturmmjólkur.<sup>179</sup> Sú hrámmjólk sem Mjólka I keypti beint af bændum á verðlagsárinu 2007/2008 var einnig óveruleg samanborið við innkaup áfrýjanda eða um 0,7%. Þegar þetta er virt er ljóst að engir aðrir aðilar en MS seldu hrámmjólk til vinnslu.

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

Framangreint sýnir ótvírætt að á markaðnum fyrir heildsölu á hrámmjólk til vinnslu var MS í afar sterkri stöðu.

Hér má einnig hafa í huga stöðu MS á heildarmjólkurmarkaði og í sölu á þeim mjólkurvörum sem seldar voru í samkeppni við Mjólku I og Mjólkurbúið á rannsóknartímabilinu, sbr. töflur 16-17.

Markaðshlutdeild MS, KS, Mjólku I, Mjólku II og Mjólkurbúsins var eftirfarandi í vörum sem tilgreindar eru í töflu 9.

---

<sup>179</sup> Vesturmmjólk ehf. hóf 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 Vesturmmjólk var óveruleg í samanburði við innlagða mjólk hjá MS og KS. Fréttir bárust síðar af því í fjölmiðlum í apríl 2012 að Vesturmmjólk hefði ekkert framleitt frá því í janúar sama ár og að allur tækjakostur félagsins væri til sölu. Starfsemi félagsins hefur legið niðri síðan.



**Tafla 16. Markaðshlutdeild í samkeppnisvörum, sbr. töflu 9<sup>180</sup>**

Samkeppnisvörur	2008	2009	2010	2011	2012	2013
MS	85-90%	75-80%	75-80%	70-75%	75-80%	70-75%
KS	0-5%	10-15%	15-20%	15-20%	15-20%	15-20%
Mjólka I	5-10%	5-10%				
Mjólka II			5-10%	0-5%	0-5%	5-10%
Mjólkurbúið			0-5%	0-5%	0-5%	0-5%
Vesturmjólk				0-5%		
Aðrir innflytjendur <sup>181</sup>	0-5%	0-5%	0-5%	0-5%	0-5%	0-5%
<b>Samtals</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>

Upplýsingar í töflu 16 innihalda einnig innfluttar vörur þessara fyrirtækja eftir því sem við á en af þeim fyrirtækjum er það helst MS sem hefur flutt inn mjólkurafurðir. Hlutdeild annarra innflytjenda, þ.e. heildsalar sem ekki stunda mjólkurvinnslu, reiknast vel undir 5% sbr. töflu 15. Eins og sjá má var Mjólka I að ná fótfestu á markaði á árinu 2009 þar sem markaðshlutdeild félagsins var um 10% í samkeppnisvörum og hafði aukist um 3,7 prósentustig frá árinu á undan.

Markaðshlutdeild MS var nálægt 100% í sölu á öðrum mjólkurafurðum en tilgreindar eru í töflu 16 á árinu 2008 til ársins 2013 ef frá er talinn örlítil innflutningur af öðrum aðilum en MS. Í töflu 17 má sjá markaðshlutdeildir þátttakanda á innlendum heildsölumarkaði fyrir mjólkurafurðir en þar kemur fram að hlutdeild MS á rannsóknartímabilinu var yfir 80%.

**Tafla 17. Markaðshlutdeild á heildar mjólkurvörumarkaði<sup>182</sup>**

	2008	2009	2010	2011	2012	2013
MS	85-90%	80-85%	80-85%	80-85%	80-85%	80-85%
KS	5-10%	10-15%	10-15%	10-15%	15-20%	15-20%
Mjólka I	0-5%	0-5%				
Mjólka II			0-5%	0-5%	0-5%	0-5%
Mjólkurbúið			0-5%	0-5%	0-5%	0-5%
Vesturmjólk				0-5%		
Aðrir innflytjendur <sup>183</sup>	0-5%	0-5%	0-5%	0-5%	0-5%	0-5%
<b>Samtals</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>

Er framangreint afar rík vísbending um markaðsráðandi stöðu MS.

Eins og fyrr sagði hefur MS staðhæft að markaðshlutdeild félagsins á markaði fyrir sölu á hrámjólk hafi verið 4,5% á árinu 2012 og 3,6% á árinu 2013. MS leggur hér til grundvallar ranga skilgreiningu á markaði. Til viðbótar bendir Samkeppniseftirlitið á að útreikningur

<sup>180</sup> Hlutföll sýnd með 5 prósentustiga bili vegna trúnaðar.

<sup>181</sup> Hlutdeild annarra innflytjenda en MS en gert er ráð fyrir að MS eigi 1/3 af innflutningi. Hlutur innflutnings miðast við CIF verð, sbr. töflu 15.

<sup>182</sup> Hlutföll sýnd með 5 prósentustiga bili vegna trúnaðar.

<sup>183</sup> Hlutdeild annarra innflytjenda en MS en gert er ráð fyrir að MS eigi 1/3 af innflutningi. Hlutur innflutnings miðast við CIF verð, sbr. töflu 15.



MS á markaðshlutdeild sinni á viðkomandi markaði stenst 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, Mjólku II, Mjólkurbúsins, Örnur, 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 hrámjólk sem afurðastöðvar nýta til vinnslu mjólkurafurða ýmis konar, þ.m.t. gerilsneyðingu á hrámjólk. 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 Auðhumla/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. Mjólku I, Mjólkurbúinu og Örnur sem vinnur úr henni laktósafría mjólk sem dæmi. Í útreikningi MS má sjá að félagið seldi Mjólkurbúinu rúma [ ]<sup>184</sup> þús. lítra af ógerilsneyddri mjólk til framleiðslu sinnar og rúma [ ]<sup>185</sup> þús. lítra til Örnur á árinu 2013 samanborið við [ ]<sup>186</sup> þús. lítra sem MS og KS (þ.m.t. Mjólka II) ráðstöfuðu til eigin vinnslu á sama tíma. Eins keypti Vesturmjólk hrámjólk af nokkrum bændum og framleiddi úr henni drykkjarmjólk, jógúrt og sýrðan rjóma undir heitinu Baula frá 2010 fram í janúar 2012 eins og frammar segir. Markaðshlutfall MS var því tæplega 100% á árinu 2012 ef frá er talin hlutdeild Vesturmjólkur í upphafi árs og síðar 100% á árinu 2013 enda seldi ekkert annað félag afurðastöðvum ógerilsneydda hrámjólk á þeim tíma.

Fyrir tíma Mjólkurbúsins, á fyrstu starfsárum sínum, keypti Mjólka I hrámjólk af bændum til eigin vinnslu. Á þeim tíma tók Mjólka I við hrámjólk frá Eyjum II í Kjós sem var bú í eigu Mjólku I og svo stuttu seinna Brúarreykjum, Lambastöðum, Kverngrjóti, Kolugili, Efra-Múla og Saurstöðum. Síðan keypti Mjólka I reksturinn á Grjóteyri í Kjós og tók við hrámjólk frá búinu til eigin vinnslu. Á þeim tíma seldi Mjólka Vífilfelli gerilsneydda mjólk í lausu máli til framleiðslu á kakómjólkinni Kappa og próteindrykknun Hámarki. Í árslok 2007 og í byrjun árs 2008 brustu áætlanir Vífilfells um sölu á Kappa og Hámarki og hlóðust þá upp mjólkurbirgðir hjá Mjólku 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 Mjólku I. MS taldi sig ekki geta orðið við því en gerði þess í stað samninga við Mjólku I um að kaupa innvigtunarbúnaði og mjólkurbíla félagsins og annast sjálf að öllu leyti mjólkursöfnun og sölu á hrámjólk til Mjólku I. Frá og með þeim tíma var Mjólka I orðin háð MS um hrámjólk til sinnar framleiðslu. Samningur þess efnis var undirritaður þann 10. mars 2008. Með því varð staða MS á markaði fyrir heildsölu á hrámjólk enn sterkari en áður.

### 2.3 Veita eigendur MS samkeppnislegt aðhald?

Sem fyrr segir leggur MS áherslu á að um 650 mjólkurframleiðendur selji 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. MS sé ekki markaðsráðandi.

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

---

<sup>184</sup> Trúnaðarmál.

<sup>185</sup> Trúnaðarmál

<sup>186</sup> Trúnaðarmál



*„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 hinu eldra máli gerði MS grein fyrir sambandinu við mjólkurbændur (eigendur Auðhumlu/MS):

*„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 greiðslumarkarsársins, 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 málamyndageringa sem ætla megi 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 lánaþyrirgreiðsla 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 félagismaður geti sætt brottvikningu úr Auðhumlu ef hann er „félagismaður af yfirvarpi, en hefur mestöll viðskipti sín annars staðar.“, sbr. einnig 6. gr. samþykktu fyrir Auðhumlu. Þá ber að áréttu 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. Þá eru langflestir mjólkurframleiðendur eigendur móðurfélags MS og eiga þeir á hættu að missa fríðindi ef þeir færa viðskipti sín frá Auðhumlu.

Í ljósi framangreinds er ekki unnt að fallast á það með MS að einstakir félagsmenn í Auðhumlu 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 í eldra máli var 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 Auðhumlu 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. Í athugasemdum frá 12. janúar 2016 segir MS að frumkvæði að viðskiptaskilmálum MS við bændur hafi komið frá Samkeppniseftirlitinu sem hafi talið að tryggara væri að skilmálarnir yrðu í formi samnings. Samkeppniseftirlitið mótmælir framangreindum staðhæfingum sem röngum enda var það að frumkvæði MS að eiga fund með eftirlitinu til að kynna þá fyrirætlan félagsins að gera viðskiptaskilmála við bændur að undangenginni könnun meðal þeirra.

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. 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.

MS telur að viðskiptaskilmálar Auðhumlu takmarki ekki að mjólkurbændur eigi viðskipti við aðra kaupendur á hrámjólk þar sem þeir geti sagt upp viðskiptunum með átta vikna fyrirvara. Einnig bendir MS á að 50-60 mjólkurframleiðendur sem leggi inn hjá KS séu ekki bundnir af samskonar viðskiptaskilmálum og gildi hjá Auðhumlu.



Eins og MS hefur upplýst eru um 650 mjólkurbændur starfandi hér á landi. Eru yfir 90% mjólkurbænda félagsmenn í Auðhumlu. Um 50-60 mjólkurbændur í Skagafirði eru félagsmenn í KS. Auðhumla á 90% hlut í MS og KS 10%. Sökum þessa staðhæfir MS opinberlega að fyrirtækið sé í „eigu 650 kúabænda“ og sé stærsta fjölskyldufyrirtæki landsins.<sup>187</sup> Allir mjólkurbændur á landinu hafi því hagsmuni af rekstri MS. Þessu er skýrlega lýst í ársskýrslu Auðhumlu fyrir árið 2007 en í upphafi þess árs tók MS til starfa í núverandi mynd. Þar kemur fram á bls. 10 að markmiðið með stofnun MS hafi verið að „hámarka arð mjólkurframleiðenda af starfsemi sinni með hagkvæmri framleiðslu og virðisaukandi markaðs- og vörubrúun á sama tíma og viðskiptavinum félagsins er tryggt sanngjarnt verð fyrir afurðir félagsins.“ Á bls. 9 er greint frá því að innan Auðhumlu sé unnið að því eins og kostur er að auka tilfinningu félagsmanna fyrir sameiginlegum hagsmunum. Áhersla sé lögð á að félagsmenn Auðhumlu „líti á sig sem eigendur félagsins og var nýleg uppfærsla á stofnsjóð m.a. gerð til þess að efla og skerpa eigendavitund félagsmanna. Hagsmunir félagsmanna og félagsins sjálfs liggja saman til framtíðar.“ Ber að hafa þetta í huga er litið er til staðhæfinga MS um hina samkeppnislegu ógn sem stafi af mjólkurbændum.

Það er rétt að framleiðandi getur samkvæmt 1. tl. viðskiptaskilmála Auðhumlu sagt upp viðskiptum með átta vikna fyrirvara innan greiðslumarksársins. Ef framleiðandinn hins vegar myndi aftur vilja beina viðskiptum til Auðhumlu gildir einnig átta vikna fyrirvari og er það þá á valdi Auðhumlu hvort hún vilji taka framleiðandann aftur í viðskipti. Á því tímabili myndi Auðhumla samkvæmt ákvæðinu hafa aðgang að mjólkurtönkum framleiðandans hvenær sem er m.a. til gæðamælinga. Með hliðsjón af þessu telur Samkeppniseftirlitið það ólíklegt að einhver mjólkurframleiðandi hætti viðskiptum við Auðhumlu og bjóði þess í stað nýjum aðila að safna sinni framleiðslu. Hér verður að hafa í huga að samkvæmt skilmálunum getur framleiðandi ekki verið með t.d. hluta af framleiðslu sinni hjá Auðhumlu og hluta hjá öðrum aðila, sbr. 2. tl. viðskiptaskilmálanna. Þá varðar það brottvikningu úr félaginu ef mjólkurframleiðandi er „félagsmaður að yfirvarpi“ og hefur mestöll viðskipti sín hjá öðrum en Auðhumlu, sbr. 6. gr. samþykka félagsins.

Ef viðskipti framleiðanda við nýjan söfnunaraðila með mjólk yrðu tekin upp þyrftu þau því að ná til allra viðskiptanna. Áhætta framleiðandans væri því mikil ef hinn nýi söfnunaraðili t.a.m. hætti starfsemi. Þá er alls óvíst að Auðhumla myndi taka framleiðandann aftur í viðskipti og ef svo væri myndu að lágmarki líða átta vikur þar til þau hæfust. Í millitíðinni gæti framleiðandinn væntanlega þurft að hella mjólkinni niður. Þessu til viðbótar þá er ljóst að mjólkurbændur sem annast framleiðslu mjólkur annars staðar en á söfnunarsvæði KS hafa ekki haft til annarra að leita en Auðhumlu um innvigtun eftir að Mjólka I hrökklaðist af þeim hluta markaðarins. Er þá undanskilin starfsemi sem Vesturmjólk annaðist árangurslítið um skamma hríð.

Eins og fyrr segir njóta mjólkurbændur hjá Auðhumlu ýmissa mikilvægra fríðinda sem m.a. felast í því að flutningskostnaður þeirra er niðurgreiddur.<sup>188</sup> Þá hefur Auðhumla vakið

<sup>187</sup> Lýst svo á heimasíðu MS: „**MS er er í eigu íslenskra kúabænda** Mjólkursamsalan hefur frá upphafi verið í eigu íslenskra kúabænda og fjölskyldna þeirra og segja má að MS sé stærsta fjölskyldufyrirtæki landsins. Eigendur okkar eru 650 kúabændur sem búsettir eru um allt land.“

<sup>188</sup> Þetta telur Auðhumla skipta félagsmenn verulegu máli. Í ársskýrslu félagsins fyrir árið 2011 segir: „Þriðji megináhersluþáttur í starfsemi Auðhumlu er að tryggja öllum bændum, hvar sem þeir búa, jafna aðstöðu til að koma framleiðslu sinni á markað. Það gerir félagið með því að jafna flutningskostnað þeirra innbyrðis. Þetta



sérstaka eftirtekt félagsmanna sinna á því hversu góðrar ávöxtunar þeir fjármunir sem þeir leggja í félagssjóð hafa notið, sbr. það sem segir á heimasíðu Auðhumlu hér að framan.

Af þessu sést að það er síður en svo auðvelt fyrir mjólkurframleiðendur að hætta í viðskiptum við Auðhumlu. Er það vegna umsvifa, stærðar og styrks félagsins auk þess sem spor sögunnar hræða. Er af þessu ljóst að trúnaður bænda við Auðhumlu vegna viðskiptaskilmálanna er mikill og umrætt átta vikna uppsagnarákvæði breytir í sjálfu sér litlu þar um.

Staðan núna er þannig að enginn annar en aðilar úr samstæðu MS, þ.e. Auðhumla og KS safna hrámjólk frá bændum. Nefndir viðskiptaskilmálar eru til þess fallnir að viðhalda þessu fyrirkomulagi til frambúðar, a.m.k. hvað Auðhumlu varðar, og letja nýja aðila frá því að hefja söfnun og innvigtun á hrámjólk og eru þeir því alvarleg aðgangshindrun fyrir nýja aðila sem ella hefðu hug á að komast inn á skilgreindan markað málsins, þ.e. markað fyrir *heildsölu á hrámjólk til vinnslu*.

Eins og fyrr segir er ljóst að jafnvel þó litið yrði svo á að bæði MS og um 650 mjólkurbændur myndu starfa á þeim markaði sem MS telur að eigi að miða við er fyrirkomulag viðskipta með hrámjólk þannig að Auðhumla safnar mjólkinni frá nær öllum bændum og miðlar henni til MS sem svo annast heildsöludreifingu eins og áður greinir. Með öðrum orðum hafa mjólkurbændur ekki veitt MS teljandi samkeppni í sölu á hrámjólk til vinnsluaðila um langt skeið. Þvert á móti hafa mjólkurbændur í nær öllum tilvikum afsett hrámjólk beint til MS þar sem vinnsluaðilar hafa keypt hana í heildsölu og hafa í raun ekki haft aðra möguleika til að verða sér út um hráefnið. Þetta hefur mótast m.a. af því ákvæði í viðskiptaskilmálum Auðhumlu gagnvart bændum sem kveður í raun á um að Auðhumla kaupi annað hvort allt eða ekkert af þeim bændum sem eru í viðskiptasambandi við félagið eins og áður er vikið að.

Umfjöllun hér að framan sýnir að þrátt fyrir að mjólkurframleiðendur væru skilgreindir sem keppinautar á markaðnum þá selja þeir enga hrámjólk til annarra vinnsluaðila en MS og KS. Var öll mjólkurframleiðsla þeirra keypt af Auðhumlu/MS og KS. Bein sala bænda myndi því með öðrum orðum ekki telja neitt við mat á markaðshlutdeild enda er hún varla til staðar. Þá þarf að bera saman yfirburðastöðu MS við stöðu hvers og eins mjólkurframleiðanda.<sup>189</sup> Engu myndi því breyta varðandi stöðu MS á rannsóknartímabilinu þó svo fallist væri á sjónarmið félagsins um að mjólkurbændur séu keppinautar þess við sölu á hrámjólk til vinnsluaðila. Eins og áður segir fellst Samkeppniseftirlitið þó ekki á sjónarmið MS hvað þetta áhrærir.

#### 2.4 Niðurstaða

Samþjöppun hefur lengi verið mikil á mjólkurmarkaði. Í álitsgerð Árna Vilhjálmssonar og Eiríks Tómassonar frá apríl 2004, er fylgdi með frumvarpinu sem varð að lögum nr.

---

*síðasttalda er sennilega mikilvægasta byggðaaðgerð sem eitt fyrirtæki stendur að. Auðhumla skuldbindur sig til að þjóna framleiðendum fyrir sama verð hvar í sveit sem þeir eru settir.*"

<sup>189</sup> Sjá ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 17. desember 2008 í máli nr. COMP/M.5046-Friesland Foods/Campina: „Thus, it appears that on a national market the merged entity would hold a very high market share in the procurement of raw milk. Coupled with the fact that on the supply side, farmers supplying raw milk are highly fragmented, this provides a strong indication that the merged entity would hold a dominant position in the procurement market for raw milk.“



85/2004, kemur fram að starfandi hafi verið níu afurðarstöðvar í mjólkuriðnaði. Síðan segir að innbyrðis „milli afurðastöðva eru veruleg eignatengsl. Í raun eru þrjár stærstu afurðarstöðvarnar með um 95% markaðshlutdeild.“ Þessi samþjöppun hefur eins og vitað er aukist enn frekar. Eins og áður segir komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu í ákvörðunum nr. 40/2009 og 17/2010 að MS byggi yfir miklum efnahagslegum styrkleika og væri í markaðsráðandi stöðu. Að mati Samkeppniseftirlitsins hafa engar breytingar orðið á markaðnum sem draga úr þeim efnahagslega styrkleika MS 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 framleiðslusviðs MS hafi verið viðstaddir. Fundargerðin ber ekki með sér að þeir hafi látið bóka mótmæli gegn því mati að MS hafi yfirburðastöðu á mjólkurmarkaði og þar fyrir utan kemur ítrekað fram í markaðsáætlunum MS á rannsóknartímabilinu að félagið telji sig vera í markaðsráðandi stöðu. Eftirfarandi skiptir einnig máli:

- Á rannsóknartímabili málsins hefur MS keypt yfir 90% af allri þeirri hrá mjólk sem mjólkurbændur hafa selt hér á landi.
- Smærri keppinautar eins og Mjólka I og Vesturmjólk hafa reynt að veita MS samkeppnislegt aðhald í kaupum á hrá mjólk beint af bændum. Þær tilraunir hafa misheppnast.
- Staða MS í sölu mjólkurvara er gríðarlega sterk, sbr. töflur 16 og 17. Næsta stærsta fyrirtækið, KS, er í eignatengslum við samstæðu MS og þessi fyrirtæki hafa með sér nána viðskiptalega samvinnu, sbr. samkomulag MS og KS frá júlí 2008.
- Heildarvelta MS á árinu 2013 var 22 milljarðar kr. en félagið kveðst vera eitt stærsta dreifingarfyrirtæki landsins. Ljóst er að félagið býr við umtalsverðan fjárhagslegan styrkleika umfram keppinauta sína. Rekur fyrirtækið dreifingarkerfi, sem það lýsir sem öfluggu og hagkvæmu, þar sem hrá mjólk er sótt til um 650 mjólkurbænda sem er vel yfir 90% þeirra sem starfa hér á landi og vigta inn mjólk í afurðastöð. Þessir sömu mjólkurbændur eru eigendur MS, auk þeirra sem vigta inn hjá KS, en saman hafa allir mjólkurbændur fjárhagslega hagsmuni af velgengni MS á markaði.

Samandregið má segja að þær breytingar sem leitt hafi af lögum nr. 85/2004 hafi skapað ástand í íslenskum mjólkuriðnaði sem heggur nærri einokun. Í ljósi alls þessa er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins í þessu máli að MS sé ekki aðeins markaðsráðandi á skilgreindum markaði fyrir hrá mjólk heldur í raun í einstakri yfirburðastöðu á mjólkurmarkaði hvort sem litið er á skilgreindan markað málsins eða heildsölumarkað fyrir mjólkurafurðir. Er það sama niðurstaða og komist hefur verið að í eldri úrlausnum samkeppnisyfirvalda.

Með vísan til framangreinds tók 11. gr. samkeppnislaga til aðgerða MS á rannsóknartímabili málsins.





#### **IV. AÐGERÐIR MS GAGNVART MJÓLKU I OG MJÓLKURBÚINU O.FL.**

Hér að framan var komist að þeirri niðurstöðu að MS hafi verið í markaðsráðandi stöðu á rannsóknartímabilinu. Hvíldu þannig á MS sérstakar skyldur skv. 11. gr. samkeppnislaga m.a. að grípa ekki til neinna ráðstafana sem raskað gætu með óeðlilegum hætti þeirri takmörkuðu samkeppni sem ríkti á markaðnum. Í þessum kafla verður m.a. gerð grein fyrir viðskiptakjörum MS á hrámjólk og öðrum atvikum og aðstæðum sem þykja hafa hér þýðingu. Í næsta kafla verður lagt mat á lögmæti aðgerða MS.

Mjólka I hóf starfsemi árið 2005 með framleiðslu á fetaosti í samkeppni við MS. Ólafur M. Magnússon og fjölskylda að Eyjum II í Kjós, ásamt aðilum tengdum henni, stofnuðu Mjólku I í febrúar 2005. Síðar gerðist Vífilfell hluthafi í fyrirtækinu. Mjólka rak mjólkurframleiðslu í eigin búi að Eyjum II í Kjós og einnig afurðastöð sem sérhæfði sig í framleiðslu á ostum og öðrum mjólkurafurðum fyrir innanlandsmarkað. Með tímanum fjölgaði vörutegundum sem framleiddar voru og seldar í samkeppni við m.a. MS. Vegna rekstrarerfiðleika Mjólku I yfirtók KS félagið í árslok 2009, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 40/2009 og umfjöllun hér að framan. Eftir sölu á Mjólku I til KS stofnaði seljandinn Mjólkurbúið sem staðsett var í sömu götu og Mjólka II (áður Mjólka I) í Hafnarfirði. Mjólkurbúið flutti síðan aðsetur sitt úr Hafnarfirði til Reykjavíkur í lok rannsóknartímabilsins (áramótin 2013/2014).

Mál þetta hófst upphaflega í kjölfar þess að Mjólkurbúið lagði fram gögn sem sýna að MS hefur selt Mjólku II hrámjólk á talsvert lægra verði en hún var seld Mjólkurbúinu. Blasti þannig við að grundvallarhráefni til framleiðslu mjólkurvara var selt á mismunandi verði til keppinauta sem höfðu starfsstöðvar sínar við sömu götu. Mismunandi flutningskostnaður gat ekki skýrt þennan verðmun.

Samkeppniseftirlitið ákvað að taka til rannsóknar lögmæti viðskiptakjara MS á hrámjólk sem giltu bæði gagnvart Mjólkurbúinu og áður Mjólku I í samanburði við viðskiptakjör annarra kaupenda hrámjólkur. Í málinu hefur þannig verið til skoðunar hvort MS hafi misnotað markaðsráðandi stöðu með þeim viðskiptakjörum á hrámjólk sem giltu gagnvart Mjólku I á tímabilinu 2008-2009 (bæði ár meðtalin) og gagnvart Mjólkurbúinu frá 2010 til og með 2013.

Eins og fram hefur komið notar MS sjálf, auk KS og Mjólku II, hrámjólk til framleiðslu mjólkurvara. Hið sama hafa Mjólka I og Mjólkurbúið gert. Það er óumdeilt í málinu að Mjólka I og Mjólkurbúið greiddu hærra verð fyrir viðkomandi vöru heldur en KS og Mjólka II (og MS sjálf).

Hér er rétt að áréttast að þegar Samkeppniseftirlitið óskaði skýringa frá MS benti fyrirtækið á eftirfarandi:

- Þegar hrámjólk hafi verið seld til aðila í framleiðslusamstarfi við MS, þ.e. KS og Mjólku II, hafi hún verið seld á lágmarksverði til bænda sem verðlagsnefnd búvöru ákveði.
- Verð til Mjólku I og Mjólkurbúsins á hrámjólk hafi hins vegar miðast við heildsöluverðflokkinn „mjólk í lausu máli“ sem verðlagsnefnd búvöru ákveði einnig, að frádregnum afslætti. Hefur MS sagt að í þessum verðflokki væri tekið tillit til þess



kostnaðar sem heildsali (eins og MS) hafi vegna m.a. lyfja- og gæðaeftirlits, frumvinnslu og afhendingar.

- Þessi mismunandi verðlagning sé heimil skv. 71. gr. búvörlaga.<sup>190</sup>

Í kafla II í þessari ákvörðun var komist að þeirri niðurstöðu að í málinu veiti búvörlög enga undanþágu frá 11. gr. samkeppnislaga. Aðgerðir MS verða því skoðaðar með hliðsjón af þeim kröfum sem samkeppnislög gera til markaðsráðandi fyrirtækja.

## 1. Viðskiptakjör MS á hrámjólk gagnvart tengdum og ótengdum aðilum

Fyrir liggur að á rannsóknartímabilinu ákvarðaði verðlagsnefnd búvara ekki heildsöluverð á hrámjólk sem gildi í viðskiptum milli afurðastöðva, sbr. kafla II hér að framan. Hún ákvað hins vegar heildsöluverð á tilteknum unnum mjólkurvörum, m.a. gerilsneyddri mjólk í lausu máli. Þrátt fyrir þetta miðaði MS verð sitt á hrámjólk til Mjólkku I og Mjólkurbúsins við þessa verðákvörðun verðlagsnefndar á unninni mjólkurvöru, þ.e. gerilsneyddri mjólk í lausu máli. MS ákvað hins vegar að miða við lágmarksverð verðlagsnefndar til bænda í viðskiptum félagsins með hrámjólk til tengdra aðila, þ.e. KS og Mjólkku II, sem var mun lægra verð en keppinautum, þ.e. ótengdum aðilum, stóð til boða fyrir sama hráefni.

Í upphafi ber einnig að taka fram að MS hefur staðfest að sams konar hrámjólk hafi verið seld tengdum aðilum og ótengdum. Er þetta þannig nákvæmlega sama vara hvað „*vinnslustig og gæði varðar*“, sbr. bréf MS frá 13. febrúar 2013 til Samkeppniseftirlitsins.

MS var einnig spurt að því hvort Mjólkka II þyrfti vegna kaupa á hrámjólk af MS að bera einhvern annan kostnað sem væri innifalinn í verðinu til Mjólkurbúsins. Með öðrum orðum hvort mismunandi kostnaður gæti réttlætt mismunandi verð til umræddra fyrirtækja. Í svari MS kemur fram að svo sé ekki.<sup>191</sup> MS hefur heldur ekki sýnt fram á að kostnaðarleg atriði hafi réttlætt hærri verð á hrámjólk til Mjólkku I og Mjólkurbúsins en til aðila tengda MS.

Samkeppniseftirlitið óskaði eftir afritum af reikningum MS til Mjólkurbúsins og Mjólkku I og II vegna sölu á hrámjólk 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:

<sup>190</sup> Einnig var á tímabili vísað til m.a. 3. mgr. 13. gr. búvörlaga o.fl., sbr. umfjöllun í kafla II hér að framan.

<sup>191</sup> Í bréfi MS frá 13. febrúar 2013 segir að Mjólkka II „*beri ekki beint annan kostnað en fram kemur á reikningum sem lagðir eru fram í fylgiskjali 1.*“



**Tafla 18. Heildsöluverð á lítra af mjólk í lausu máli með 2,7% afslætti til Mjólkku I 2009 og Mjólkurbúsins 2010-2012<sup>192</sup>, 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, sem sjá má í töflu 19.

**Tafla 19. Verð í viðskiptum milli MS, KS og Mjólkku II, fjárhæðir í krónum á lítra**

Ár/ mánuðir	2009 <sup>193</sup>	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

Þessi gögn frá MS, sem endurspeglast í töflum 18-19, staðfesta að Mjólkku I og Mjólkurbúið greiddu umtalsvert hærra verð fyrir hrámjólk heldur en hinir tengdu aðilar.

Í töflu 20 má sjá, ennfrekar, þann mismun sem var á verði til KS/Mjólkku II skv. lágmarksverði til bænda annars vegar og verði til Mjólkurbúsins og Mjólkku 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.

<sup>192</sup> Til viðbótar kom 2,7% afsláttur 2011 og 2012, reiknaður eftir árið.

<sup>193</sup> Einingarverð fyrir árið 2009 fylgdi ekki með í samantekt MS en tekið fram að Mjólkku 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.



**Tafla 20. Samanburður á verði MS á hrá mjólk sem seld var til KS og Mjólk II annars vegar og til Mjólk I og Mjólkurbúsins hins vegar. Fjárhæðir eru í krónum á lítra.<sup>194</sup>**

Heildsöluverð	1.11.2008	1.8.2009	1.2.2011	1.8.2011	1.8.2012	1.11.2013
Verð til KS og Mjólk II	71,13	71,13	74,38	77,63	80,43	82,92
Verð hrá mjólkur 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 Mjólk I og Mjólkurbúsins	77,57	83,50	84,89	88,92	92,70	95,55
<b>Mismunur í krónum</b>	<b>6,44</b>	<b>12,37</b>	<b>10,51</b>	<b>11,29</b>	<b>12,27</b>	<b>12,63</b>
<b>Mismunur í prósentum</b>	<b>9,05%</b>	<b>17,39%</b>	<b>14,12%</b>	<b>14,55%</b>	<b>15,27%</b>	<b>15,23%</b>

Af töflu 20 má sjá að verulegur munur var á heildsöluverði MS á hrá mjólk eftir því hvort hún var seld til vinnslu hjá KS og Mjólk II annars vegar eða Mjólkurbúsins og Mjólk 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 eftirágredds 2,7% viðbótarafsláttar sem veittur var í árslok 2011, 2012 og 2013 var verðmunurinn samt sem áður frá rúmlega 14% og 15%. Sé verðmunurinn mældur í krónum þá spannar hann frá 6,44 kr. upp í 12,63 kr. á hvern lítra hrá mjólkur og nam um 10,92 kr. að meðaltali á viðkomandi tímabili. 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 21. 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 hrá mjólk er safnað frá framleiðendum (bændum) af MS til framleiðslu mjólkurvara (og einnig þegar hrá mjólkinni er safnað af KS og nýtt til eigin framleiðslu á mjólkurvörum) er verðmunurinn enn meiri en fram kemur í töflu 20. Verð á hrá mjólkinni til keppinautanna var þannig allt frá því að vera rúmlega 12% upp í tæplega 21% hærra sem Mjólk I þurfti að greiða. Munurinn síðar gagnvart Mjólkurbúinu var frá rúmlega 18% upp í tæplega 20%. Sé verðmunurinn mældur í krónum þá spannar hann frá 8,49 kr. upp í 15,53 kr. á hvern lítra hrá mjólkur og nam um 13,37 kr. á meðaltali á viðkomandi tímabili. Við blasir að slíkur verðmunur getur haft veruleg áhrif á samkeppnisstöðu fyrirtækja sem keppa við MS og KS í framleiðslu og sölu á mjólkurafurðum.

<sup>194</sup> Taflan sýnir breytingar á verði samkvæmt útreikningi verðlagsnefndar búvara frá 1. nóvember 2008 til 1. nóvember 2013. Tekjur fyrir miðlun á hrá mjólk milli tengdra aðila fer eftir lágmarksverði til bænda sem verðlagsnefnd búvara gefur út. Eftir að Mjólk I 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 Mjólk I hrá mjólkina á hærri verði sem tók mið af útreikningi verðlagsnefndar búvara á mjólk í lausu máli.



**Tafla 21. Verð á hrámjólk til vinnslu hjá MS og KS samanborið við verð MS á hrámjólk til Mjólku I og Mjólkurbúsins. Fjárhæðir eru í krónum á lítra.**

<b>Heildsöluverð</b>	<b>1.11.2008</b>	<b>1.8.2009</b>	<b>1.2.2011</b>	<b>1.8.2011</b>	<b>1.8.2012</b>	<b>1.11.2013</b>
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
<i>Verð hrámjólkur til vinnslu hjá MS og KS</i>	<i>69,08</i>	<i>69,08</i>	<i>71,88</i>	<i>75,13</i>	<i>77,73</i>	<i>80,02</i>
<i>Verð MS til Mjólku I og Mjólkurbúsins</i>	<i>77,57</i>	<i>83,50</i>	<i>84,89</i>	<i>88,92</i>	<i>92,70</i>	<i>95,55</i>
<b>Mismunur í krónum</b>	<b>8,49</b>	<b>14,42</b>	<b>13,01</b>	<b>13,79</b>	<b>14,97</b>	<b>15,53</b>
<b>Mismunur í prósentum</b>	<b>12,29%</b>	<b>20,88%</b>	<b>18,09%</b>	<b>18,36%</b>	<b>19,26%</b>	<b>19,40%</b>

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 hrámjólk, sem seld var Mjólku I, við verð á gerilsneyddri mjólk í lausu máli. Telja má að sú hækkun hafi verið til þess fallin að skerða enn frekar samkeppnisstöðu Mjólku I gagnvart MS, sbr. nánar síðar. Það var í framhaldi af þessari verðhækkun sem félagið var selt til KS. Af 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 verður ekki annað séð en að verð MS á hrámjólk til KS og Mjólku II hafi verið undir breytilegum kostnaði, sbr. eftirfarandi sundurliðun í töflu 22.



**Tafla 22. 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
<b>Tekjur</b>						
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>
<b>Breytilegur kostnaður (BK)</b>						
Lágmarksverð til bænda að frádr. flutn. <sup>195</sup>	69,08	69,08	71,88	75,13	77,53	80,02
Flutningskostnaður á mjólk <sup>196</sup>	2,05	2,05	2,50	2,50	2,90	2,90
Annar ótilgreindur breytilegur kostn. <sup>197</sup> :						
- 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>
<b>Framlegð án ótilgr. BK að ofan</b>	<b>0,00</b>	<b>0,00</b>	<b>0,00</b>	<b>0,00</b>	<b>0,00</b>	<b>0,00</b>

Eins og sjá má var framlegð MS af sölu hrámjólkur til KS og Mjólkú II engin þegar aðeins er tekið tillit til breytilegs kostnaðar vegna innvígtaðrar mjólkur (lágmarksverð til bænda) og flutningskostnaðar. Þá hefur MS einnig upplýst við munnlegan málflutning hjá áfrýjunarnefnd samkeppnismála, í máli nr. 5/2014, að félagið hafi borið meiri kostnað vegna flutnings mjólkurinnar til tengdra aðila en áætlað væri af verðlagsnefnd búvöru. Það var upplýst eftir að nefndin spurði MS um flutningskostnað á hrámjólku og hvort gert væri ráð fyrir þeim kostnaði í verðlagningu hennar til afurðastöðva. Í svari MS kom fram að hlutdeild af þeim kostnaði skiptist í hlutföllunum 60% hjá MS/Auðhumlu og 40% hjá bændum. Því á eftir að gera ráð fyrir framangreindum viðbótarflutningskostnaði í töflu 22 og bara af þeirri ástæðu einni væri framlegð MS af viðskiptunum neikvæð. Auk flutningskostnaðar á svo eftir að draga frá verðinu 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 augljóslega að

<sup>195</sup> Verð á hrámjólku sem Auðhumla selur MS.

<sup>196</sup> Samkvæmt útreikningi verðlagsnefndar búvara á flutningskostnaði frá býli til afurðastöðvar. Kostnaðurinn er greiddur af bændum og dregst frá lágmarksverði til bænda.

<sup>197</sup> Þessir kostnaðarliðir segir MS að skýri verðmuninn á lágmarksverði á mjólk til vinnslu hjá MS, KS og Mjólkú 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 félögin vitaskuld þennan kostnað í starfsemi sinni.



telja að hann sé einhver (því ella hefði MS væntanlega ekki vísað til þessara kostnaðarliða). Þetta þýðir að framlegð MS af sölu hrámjólkur til tengdra aðila hefur verið neikvæð að teknu tilliti til umrædds kostnaðar. Um er að ræða breytilegan kostnað vegna sölu MS á mjólk til KS og Mjólkú 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.

#### 1.1 Hrámjólk til KS og Mjólkú II verðlögð undir kostnaði

Framangreindir kostnaðarliðir voru nefndir í bréfi MS frá 13. febrúar 2013. Sagði MS að taka þyrfti tillit til þeirra við dreifingu á hrámjólku til Mjólkurbúsins. Sá kostnaður verður vitanlega einnig til þegar sama hráefni er flutt til vinnslu hjá KS og Mjólkú II. Að frátöldum framangreindum breytilegum kostnaði þarf MS auk þess að gera ráð fyrir föstum kostnaði í verðlagningu sinni.

Í málsmeðferðinni sem leiddi til ákvörðunar nr. 26/2014 var óskað eftir því að MS upplýsti um fjárhæð þeirra kostnaðarliða, fyrir hvern lítra mjólku, sem tilgreindir eru í töflu 22 til að gefa gleggri mynd af framlegð félagsins af miðlun mjólku til KS og Mjólkú II. Í umsögn MS frá 14. mars 2014 segir um þetta:

*„Á bls. 34 í andmælaskjalinu kemur fram að SE muni leggja til grundvallar í málinu að kostnaðarliðir sem tíundaðir eru í töflu 5 á bls. 33 í andmælaskjalinu leiði til þess að framlegð sé neikvæð nema sjónarmið og gögn MS leiði til annarrar niðurstöðu. SE óskaði eftir því að MS upplýsti í umsögn sinni um andmælaskjalið um fjárhæð þeirra kostnaðarliða, fyrir hvern lítra mjólku, sem tilgreindir eru í töflu 5, til að gefa gleggri mynd af framlegð félagsins af miðlun mjólku til KS og Mjólkú í eigu KS. Á töflu 5 eru taldir upp kostnaðarliðir sem MS hefur sagt að falli m.a. á mjólk í lausu máli og réttlæti þann mun sem er á verði til Mjólkurbúsins annars vegar og Mjólkú hins vegar. Í þeirri upptalningu felst ekki sú fullyrðing að sá kostnaður falli ekki til á þá á (svo) mjólk (svo) seld er til KS eða Mjólkú sem er eigu KS. Gagnkvæmur framlegðartilflutningur milli fyrirtækjanna gerist í gegnum verkaskiptingu í vöruframleiðslu og einnig í gegnum hráefnisverð birtist. (svo) Í framhaldi kaupa KS á Mjólkú var hluti af vöruframleiðslu Mjólkú flutt til MS og þar með framlegð til MS í gegnum samstarf sitt með rifinn ost og ostakökur. Þessi nálgun er að fullu sambærileg við samstarf, verkaskiptingu og hráefnismiðlum milli MS og KS. Jafnframt má benda á að eigendur MS bera uppi ýmsan sameiginlegan kostnað í gegnum eignarhald og samstarf sitt í gegnum fyrirtækið.“*

Síðan segir:

*„Þarna er enn og aftur komið að kjarna máls um að MS telur sig hafa fulla heimild bæði til samstarfs í verkaskiptingu og þar með í sölu hráefnis til Mjólkú, á sama verði og til KS, í gegnum eignarhald og samstarf fyrirtækjanna MS, KS og Mjólkú. Það er ekki hægt að horfa á það einangrað hvaða framlegð er af sölu hrámjólku frá MS til Mjólkú. 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."*

Upplýsti MS þannig ekki um þann kostnað sem félagið kveðst verða fyrir við sölu hrámjólkur þrátt fyrir að félagið hafi réttlætt þann mun sem er á verði til ótengdra og tengdra aðila m.a. með því að vísa til þessa kostnaðar. Í athugasemdum sínum frá 12. janúar 2016 veitir MS ekki upplýsingar um umræddan kostnað en kveðst enn á ný mótmæla „*því harðlega að hrámjólk hafi verið seld á lægra verði til KS og Mjólku I<sup>198</sup> en því sem samsvarar breytilegum kostnaði. Eins og MS hefur ítrekað skýrt fyrir SE, þá tók verkaskiptingin mið af því að í stað þess að greiða KS og Mjólku II með aðskildum hætti tapaða framlegð, þá var sú fjárhæð sem MS bar að greiða vegna hennar jöfnuð á móti kaupverði hrámjólkur ...*”

Þrátt fyrir að búvörulög heimili tiltekið samstarf milli MS og KS/Mjólku II er eftir sem áður um að ræða sjálfstæða lögaðila. Búvörulög hafa ekkert með bókhald MS að gera og félagið getur ekki vísað til þeirra sem stoð fyrir því að veita ekki upplýsingar um framangreinda kostnaðarliði í rekstri félagsins. Verður því að draga þá ályktun að MS annað hvort búi ekki yfir fullnægjandi upplýsingum um eigin kostnað sem felst í umræddri sölu á hrámjólk eða kjósi að upplýsa Samkeppniseftirlitið ekki um hann. MS ber hallan af skorti á slíkum upplýsingum, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands nr. 120/2001, *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði*.

Þá ber að líta til þess að samstarf MS og KS hefur ekki í för með sér kostnaðarlega hagræðingu sem hefur áhrif á verðlagningu á hrámjólk 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. Í kafla II hér að framan er komist að þeirri niðurstöðu að það sé rangt hjá MS að þurft hafi að bæta KS upp tapaða framlegð vegna samkomulags fyrirtækjanna um verkaskiptingu. Vísast til þeirrar umfjöllunar.

Í kafla II hér að framan er einnig komist að þeirri niðurstöðu að sala MS á hrámjólk á hinu lága verði til KS og Mjólku II hafi ekki verið „*óráðfánlegur hluti*” af samvinnu skv. 71. gr. búvörulaga. Þá eiga ákvæði laganna um verðtilfærslu heldur ekki við. Búvörulög veita því enga undanþágu frá samkeppnislögum í þessu máli. Sala MS á hrámjólk til umræddra fyrirtækja á verði sem var undir breytilegum kostnaði verður því ekki útskýrð eða réttlætt með vísan til búvörulaga.

Samkvæmt framansögðu er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að MS hafi á rannsóknartímabilinu selt KS og Mjólku II hrámjólk á verði sem er undir breytilegum kostnaði.

## 1.2 Niðurstaða

Hér hefur verið gerð grein fyrir viðskiptakjörum MS á hrámjólk sem seld hefur verið tengdum atriðum. Þessi umfjöllun sýnir að á rannsóknartímabili málsins seldi MS hrámjólk á verulega lægra verði til KS og Mjólku II heldur en til Mjólku I og Mjólkurbúsins. Leitt er í ljós að í þessum viðskiptum var um að ræða sams konar vöru og fyrir liggur að mismunandi

---

<sup>198</sup> MS á væntanlega hér við Mjólku II





kostnaður við sölu eða afhendingu vörunnar eða annað kostnaðarlegt hagræði réttlætir ekki hið hærra verð sem gildi gagnvart Mjólku I og Mjólkurbúinu.

Í athugasemdum sínum frá 12. janúar 2016 áréttar MS það sem félagið telur vera „*algert grundvallaratriði í málinu*“. MS og KS/Mjólka II hafi verið í samstarfi sem hafi verið heimilt samkvæmt búvörulögum og eðlileg afleiðing af því hafi hafi verið sala á hrámjólk á hinu lága verði til KS og Mjólku II. Mjólka I og Mjólkurbúið hafi ekki verið hluti af því samstarfi og því hafi MS ekki mismunað viðskiptavinum sínum í sambærilegum viðskiptum. Þá hafi verið á hrámjólkinu sem MS seldi Mjólku I og Mjólkurbúinu verið ákveðið af verðlagsnefnd búvöru og því ekkert athugasvert við þau viðskiptakjör MS.

EKKI ER UNNT AÐ FALLAST Á ÞESSI SJÓNARMIÐ MS, SBR. UMFIJÖLLUN Í KAFLA II HÉR AÐ FRAMAN.

Samkeppniseftirlitið áréttar að hrámjólk er grundvallarhráefni við framleiðslu mjólkurvara. Það blasir því við að það getur haft mikla samkeppnislega þýðingu að MS seldi tengdum aðilum hrámjólk á umtalsvert lægra verði heldur en ótengdum aðilum. Framleiðsluhluti MS fékk einnig þetta hráefni á hinu lága verði. Gagnvart afurðastöð sem ekki nýtur slíkra kjara hefur þessi verðlagning augljós áhrif á möguleika þess fyrirtækis til þess að keppa. Jafnframt skiptir hér máli að þessi mismunun MS gagnvart Mjólkurbúinu og Mjólku I gekk svo langt að miðla hrámjólk til tengdra aðila á verði sem var undir breytilegum kostnaði MS við mjólkina.

Hér að framan var horft á verðlagningu MS með hliðsjón af þeim mun sem var á verði til annars vegar tengdra og hins vegar ótengdra aðila. Ef horft er framhjá þeim samanburði og viðskiptakjörin á hrámjólk sem giltu gagnvart Mjólku I og Mjólkurbúinu skoðuð ein og sér virðist ljóst að þau voru á engan hátt eðlileg. Felst það í því að verðlagning MS á þessu hráefni miðaðist við verð á unninni vöru en ekki þeirri hrámjólk sem seld var, sbr. umfiöllun í kafla II og einnig hér á eftir.

## **2. Umfang viðskipta MS við Mjólku I og Mjólkurbúið**

Samkeppniseftirlitið óskaði eftir öllum afritum af reikningum MS vegna mjólkurkaupa Mjólku I á árinu 2009 með tölvupósti þann 3. júní 2014 og bárust umbeðin gögn þann 6. júní 2014. Auk þess bárust Samkeppniseftirlitinu (frá Mjólkurbúinu) afrit af reikningum MS vegna mjólkurkaupa Mjólku I og Mjólkurbúsins á tímabilinu 2008 til 19. maí 2014.

Samkvæmt þessum gögnum keypti Mjólka I hrámjólk af MS fyrir 88,5 milljónir kr. á árinu 2008 og 310,8 milljónir kr. árið 2009. Fyrstu kaup Mjólkurbúsins á hrámjólk af MS voru á árinu 2010. 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 námu mjólkurkaup Mjólku I og síðar Mjólkurbúsins af MS<sup>199</sup> alls um 494 milljónum kr. frá árinu 2008 til ársins 2013 og eru þær fjárhæðir fyrir utan vsk. og að frádregnum afslætti.

---

<sup>199</sup> Hér ekki talin með lífræn hrámjólk og umsýslumjólk án greiðslumarks frá Eyjum II.



### 3. Aðstæður á markaði á rannsóknartímabilinu

Hér að framan var leitt í ljós að keppinautar MS þurftu að greiða umtalsvert hærra verð fyrir umrætt hráefni heldur en MS sjálf og tengd fyrirtæki þurftu að greiða. Er rétt að fjalla hér um þessar aðgerðir í samhengi við aðstæður á markaði.

Á rannsóknartímabilinu áttu MS, KS og síðar Mjólka II í viðamiklu samstarfi varðandi framleiðslu og sölu á mjólkurvörum. Hefur þessu verið lýst svo af MS að fyrir stofnun MS þann 1. janúar 2007 hafi verið mjög mikið samstarf á milli KS og forvera 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 (Samtök afurðastöðva í mjólkuriðnaði). OSS annaðist pökkun, sölu og dreifingu á viðbiti og ostum og jafnframt auglýsingar og markaðsstarf fyrir þá vöruflokka. Eftir stofnun MS varð samstarfið enn tengdara en áður með frekari sameiningum, sameiginlegum rekstri og sameignum í félögum. MS annast nú t.d. alla markaðssetningu, auglýsingagerð, sölu og dreifingu á landsvísu m.a. á framleiðsluvörum KS. KS eignaðist síðan Mjólku I í árslok 2009 sem leiddi til frekari verkaskiptingar MS, KS og Mjólku II.

Í máli þessu liggur þannig fyrir að MS, KS og Mjólka II höfðu, eftir atvikum, með sér náið samstarf við framleiðslu, pökkun, dreifingu, markaðssetningu og sölu á mjólkurvörum. Er lagt til grundvallar í málinu að Mjólka I hafi átt í samkeppni við MS/KS og Mjólkurbúið hafi átt í samkeppni við MS/KS/Mjólku II.

Mjólka I hóf að veita MS og KS samkeppni árið 2005. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 40/2009 segir um þetta:

*„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<sup>200</sup> 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*

<sup>200</sup> Þ.e. MS og KS.



*Mjólku og framangreindra 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 Mjólku naut við. Með sameiningu Mjólku 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 Mjólku."*

MS heldur því fram sem fyrr að umfangsmikil hagræðing hafi átt sér stað í mjólkuriðnaði sem rekja megi til þeirrar verkaskiptingar sem samstarf MS, KS og Mjólku II hafi leitt af sér. Það hafi orðið til þess að hækka lágmarksverð mjólkur til framleiðenda og stuðlað að mikilli raunlækkun á heildsöluverði mjólkurafurða. Samkeppniseftirlitið getur ekki tekið undir framangreindar fullyrðingar MS enda hefur samkeppnisaðhald frá Mjólku I og Mjólkurbúinu skilað þeim árangri sem framar segir.

### 3.1 Mjólka I verður háð MS

Í málsvörn sinni hefur MS ítrekað vísað til þess að Mjólka I hafi verið rekin með tapi á fyrstu starfsárum sínum. Samkeppniseftirlitið bendir í því sambandi á að ekki sé óeðlilegt að nýstofnað félag sem er að ná fótfestu á markaði, og býr við þær aðstæður á honum sem lýst hefur verið, skili tapi á fyrstu starfsárum sínum. Á það ekki síst við þegar fyrir á markaði er keppinautur sem nýtir sér 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. Þessu til viðbótar er mikilvægt að hafa í huga að sýnt er fram á í málinu að ef MS hefði staðið frammi fyrir sama hráefnisverði og Mjólka I þá hefði MS verið rekin með umtalsverðu tapi, sbr. kafli V. 4 hér á eftir.

Þannig voru aðstæður þegar Mjólka I reyndi að ná fótfestu á markaði. Til þess að lágmarka þessi áhrif reyndi Mjólka I sjálf að kaupa hrámjólk af bændum (átta talsins þegar mest var) í stað þess að kaupa hana af MS.<sup>201</sup> Á þeim tíma seldi Mjólka I Vífilfelli gerilsneydda mjólk í lausu máli sem Vífilfell notaði til framleiðslu á kakómjólkinni Kappa og próteindrykknum Hámarki. Um áramótin 2007/2008 brustu áætlanir Vífilfells um sölu á Kappa og Hámarki og hlóðust þá upp mjólkurbirgðir hjá Mjólku I. Sökum þessa óskaði Mjólka I eftir viðræðum við MS um að kaupa mjólk frá fyrirtækinu.

Mjólka I hafði reyndar óskað 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 Mjólka 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 Mjólku I til félagsins:

---

<sup>201</sup> Á þessum tíma tók Mjólka I við hrámjólk frá Eyjum II í Kjós sem var bú í eigu Mjólku I. Einnig keypti Mjólka I hrámjólk af mjólkurframleiðendum á Brúarreykjum, Lambastöðum, Kverngrjóti, Kolugili, Efra-Múla og Saurstöðum. Síðan keypti Mjólka reksturinn á Grjóteyri í Kjós og tók við hrámjólk frá búinu til eigin vinnslu.



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

MS taldi sig ekki geta orðið við beiðni Mjólku I og sagði MS það m.a. vera vegna ákvæða tengdum útflutningsleyfum MS fyrir ESB markað. Þess í stað var gerður samningur við Mjólku I þann 10. mars 2008 sem fólst annars vegar í mjólkursöfnun frá þeim lögbýlum sem vigtuðu inn hrá mjólk hjá Mjólku I og hins vegar sölu hrá mjólkur frá MS til Mjólku I og kaup MS á innvigtunar- og flutningatækjum Mjólku I til mjólkursöfnunar. Fyrirsvarsmenn Mjólku I voru mjög ósáttir við afstöðu MS.<sup>202</sup>

Frá og með samningnum frá mars 2008 varð Mjólka I háð MS um hrá mjólk til sinnar framleiðslu. Með því varð staða MS á markaði fyrir sölu á hrá mjólk 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 enn frekar stöðu MS og KS á viðkomandi markaði.

### 3.2 Samkeppnisógn af Mjólku I á árunum 2008-2009

Samkeppniseftirlitið vísar til umfjöllunar í kafla II.4 um þau gögn sem aflað var í kjölfar úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2014. Umfjöllun í kafla II og umfjöllun hér á eftir um þau gögn sýnir að aðgerðir MS eru enn alvarlegri í samkeppnislegu tilliti en lagt var til grundvallar í ákvörðun nr. 26/2014.

Eins og fram kom í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 40/2009 hafði Mjólka I verið að bæta stöðu sína á markaði með því að auka hlutdeild sína í m.a. framleiðslu á rifostu. Þá liggur fyrir að mozzarella- og rifostur voru meðal helstu söluafurða Mjólku I á árunum 2008-2009.

Í markaðsáætlunum MS fyrir árin 2008 og 2009 voru framlegðarháar vörur (eins og rifostur) taldar veigamestu samkeppnisvörur á markaði og Mjólka I helsti keppinatur félagsins.

Í markaðsáætlun MS fyrir árið 2008 segir þannig að styrkleikar félagsins séu m.a. [ ].<sup>203</sup> Veikleikar MS séu hins vegar m.a. [ ].<sup>204</sup> Um ógn og nýja samkeppni í markaðsáætlun MS segir að [ ].<sup>205</sup> Þá telji MS samkeppni í framlegðarháum mjólkurvörum vera [ ].<sup>206</sup> Í markaðsáætlun MS fyrir

<sup>202</sup> Í yfirlýsingu frá fyrrverandi stjórn Mjólku I, dags. 26. maí 2014, er því lýst yfir að fyrirtækið hefði á árinu 2008 óskað eftir því að MS keypti tímabundið mjólk frá mjólkurbændum í viðskiptum við Mjólku I þar sem áform félagsins um sölu höfðu brugðist. Staðhæft er að MS hafi sett það sem ófrávíkjanlegt skilyrði fyrir þessum viðskiptum að Mjólka I seldi MS allan innvigtunarbúnað ásamt mjólkurbílum. Segir að þessi aðgerð MS hafi dregið mjög úr samkeppnishæfni Mjólku I.

<sup>203</sup> Trúnaðarmál.

<sup>204</sup> Trúnaðarmál.

<sup>205</sup> Trúnaðarmál.

<sup>206</sup> Trúnaðarmál.



árið 2009 kemur einnig fram að Mjólka I feli í sér samkeppnislega ógn. Sagt er að Mjólka I velji „*eingöngu þær vörur þar sem framlegðin er hæst.*“ og að samkeppni „*í framlegðar háum vörum er ógn þar sem ákveðin skekkja er í verðuppbyggingu iðnaðarins.*“

Í markaðsáætlunum MS árin 2008 og 2009 var þannig sérstaklega gerð grein fyrir þeirri ógn sem talin var stafa af Mjólku I í samkeppni við MS á mjólkurmarkaði og þá sérstaklega þar sem Mjólka I lagði áherslu á framleiðslu og sölu á framlegðarháum mjólkurafurðum. Á þessum tíma var Mjólka I að ná fótfestu og náði góðum árangri í sölu á mozzarellaosti og rifnum osti og var sérstaklega gerð grein fyrir því í markaðsáætlunum MS. Hlutfall tekna Mjólku I af sölu mozzarella- og rifosti af heildartekjum af sölu mjólkurafurða fyrirtækisins árið 2009 var 42,3%<sup>207</sup> og því lang mikilvægasta söluafurð félagsins.

Gögn málsins sýna að þessi samkeppni frá Mjólku I hafði áhrif á MS. Þann 12. febrúar 2010 sendi forstjóri MS tölvupóst til framkvæmdastjóra framleiðslusviðs og meðfylgjandi honum var glærुकyning sem bar heitið „*Deildarfundir 2009*“. Í einni glærunni er lýst harðnandi samkeppni við sýrðan rjóma og rjóma sem framleiddur var af Mjólku I og seldur undir nafni Bónus. Í annarri glæru segir: „*Hörð verðsamkeppni við Bónusfeta og Mjólkufeta á markaðnum.*“ Í glæru sem fjallar um rifinn ost segir að sala á honum sé [ ]<sup>208</sup> milljónir á ári og að Mjólka I „*bauð stærstu viðskiptavinum MS verð í rifin ost sem ekki var hægt að svara.*“ Kemur fram á glærunni að MS áætli að salan á rifnum osti minnki um 35%.

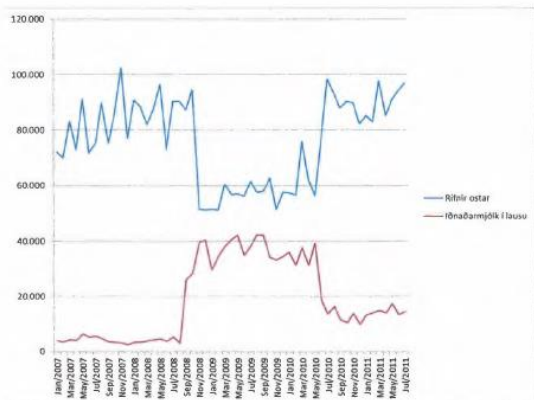
Þann 28. ágúst 2011 sendi sölustjóri MS tölvupóst til m.a. forstjóra fyrirtækisins. Með honum fylgdu skjöl sem sýndu sölu MS í ýmsum vöruflokkum á árunum 2007-2011. Kemur fram í póstinum að hann hafi sérstaklega skoðað áhrif Mjólku I á markaðnum fyrir rifinn ost. Þetta kemur fram á eftirfarandi mynd hans:

---

<sup>207</sup> Samkvæmt gögnum frá Mjólkurbúinu og fyrrverandi framkvæmdastjóra og eiganda Mjólku I til Samkeppniseftirlitsins, dags. 6. maí 2015.

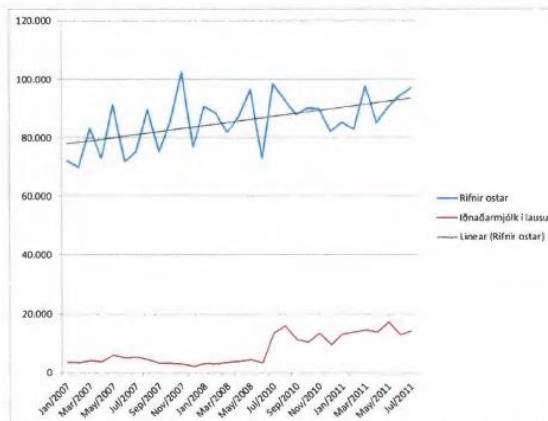
<sup>208</sup> Trúnaðarmál.

## Rifnir ostar og iðnaðarmjólk - vaxtarbroddur



1: Myndin hér að ofan sýnir samhengi milli markaðar fyrir rifna osta og markaðar fyrir iðnaðarmjólk. Þegar Mjólka keypti mjólk til að framleiða rifost minnkaði markaður MS og jókst aftur að sama skapi þegar Mjólka hætti rifostaframleiðslu og hún fór á Krókinn. Undirliggjandi er svo vöxtur í þessum markaði eins og kemur fram á myndinni við hliðina

2: Á myndinni hér að neðan er búið að taka „Mjólklu tímabilið út“ til að skoða trendinn í markaðnum á tölum úr MS bókhaldinu. Þar sést að mánaðarleg rifostasala hefur aukist jafnt og þétt úr tæplega 80 tonnum í um 95 tonn (1100-1200 tonn). Söluaukning í iðnaðarmjólk er líklega tengd sölu til Vífilfells



Sýnir þetta skýrt áhrif samkeppni frá Mjólku I í sölu á rifnum ostum á árunum 2008-2009.

Í tölvupósti forstjóra MS frá 8. febrúar 2012 fjallar hann um hugsanlega erlenda samkeppni í m.a. ostum og nefnir í því samhengi reynsluna af samkeppni við Mjólku I fram til ársins 2010: „Við sjáum í tölunum áhrif af samkeppni frá Mjólku, sem var sjoppa. Áhrifin voru milduð vegna þess að Mjólka keypti hrámjólk og gulan ost til framleiðslunnar. Engin mildun áhrifa verður af erlendri samkeppni.“

Í tölvupósti forstjórans, sem sendur var daginn eftir, segir:

[ ]<sup>209</sup>

Auk þess að staðfesta samkeppnisleg áhrif af Mjólku I á umræddu tímabili eru þessi gögn MS einnig til stuðnings því hversu sterk staða félagsins var eftir sem áður gagnvart Mjólku I. Var MS bæði óumflýjanlegur seljandi á grundvallarhráefni og helsti keppinautur Mjólku I. Þess vegna voru áhrifin af samkeppni frá Mjólku I „milduð“ í framangreindum skilningi forstjóra MS.

Hér verður einnig að líta til umfjöllunar í kafla II 7.5 hér að framan. Þar er gerð grein fyrir samkomulagi MS og KS frá 12. mars 2009 sem varðaði mozzarella framleiðslu og rifostagerð. Gögn sem þar eru reifuð gefa til kynna að sala MS á hrámjólk til KS á skráðu lágmarksverði til bænda hafi verið markaðsleg aðgerð til þess að halda niðri verði á

<sup>209</sup> Trúnaðarmál.



afurðum eins og rifnum osti sem mættu samkeppni á markaði frá Mjólku I, sbr. nánari umfjöllun í þeim kafla. Vísast hér einnig til bréfsins frá Dominos, dags. 27. júní 2009.

Varðandi atvik á markaði á þessum tíma má horfa til þess að þáverandi framkvæmdastjóri Mjólku I tók saman minnisblað fyrir fund sem hann átti með sjávarútvegs- og landbúnaðarnefnd þann 19. mars 2009 vegna frumvarps um breytingu á búvörulögum.<sup>210</sup> Í minnisblaðinu er fjallað um viðbrögð MS gegn mjólkurafurðum sem Mjólka I hafði sett á markað en þar segir m.a.:

*„Mjólka var stofnuð fyrir rúmum þremur árum til að vinna framleiðsluvörur úr mjólk sem framleidd var af Eyjabúinu í Kjós. Fyrirtækið hefur vaxið mikið og veltan hefur í raun tvöfaldast á hverju ári. Eigendur Mjólku keypti fyrirtækið Vogabæ fyrir ári síðan sem er þekkast (svo) fyrir Vogaídyfur og E Finnsson sósur. Nú starfa hjá báðum fyrirtækum 35 manns og sameiginleg velta um 1 m.kr. miðað við umsetningu fyrstu tvo mánuði ársins. Ég kom að þessum fyrirtækjum fyrir 6 mánuðum síðan og ég verð að segja það að mjólkuriðnaðurinn kemur mér fyrir svona sjónir:*

*Þetta er eina atvinnugreinin í landinu sem fær einokunarstaðu (svo) frá stjórnvöldum. Um er að ræða aðallega eitt fyrirtæki á markaðnum sem er algjörlega markaðsráðandi að ég áætla að sé með um 97% markaðshlutdeild á síðasta ári. Fyrirtækið kann ekki að vera í þessari stöðu að mínu mati og getur ekki unnt að umbera litla aðilann á markaðnum. Þeir hafa svarað okkur með látum í þeim vöruflokkum sem við erum með, eða í þeim vörum sem hafa komið nýjar á markaðinn frá okkur.*

*Við keyptum í september tæki til að framleiða mozzarellaost öðru nafni pizzaost og komum með hann á markað í nóvember, við fengum sérstaklega góðar viðtökur á markaðnum, stóri aðilinn svaraði okkur með látum á markaðnum og sögðu okkar viðskiptavinum að þetta tækist aldrei hjá okkur, við yrðum ekki lengi í þessum (svo) þar sem við færum fljótlega á hausinn og það væri meiri framtíð í því að halda tryggð við þá... Samhliða þessari ostaframleiðslu kemur þó nokkur rjómi sem við settum á markaðinn í lok nóvember, fyrstu vinuna (svo) settum við aðeins 700 lítra á markaðinn og þeir svöruðu með að gefa 20% afslátt samdægurs af rjómanum og tilboðið gildi í 4 vikur, svokallað landstilboð sem aldrei hafði verið gert áður í sögunni, eða man einhver ykkar eftir rjómatilboði hér áður fyrr? Mér reiknast til að þessi afsláttur hafi kostnað markaðsráðandi fyrirtækið um 14 m.kr. Festaostur er sú vara sem Mjólka byrjaði með og náði strax frábærum árangri, markaðsráðandi aðilinn auglýsti Dalafeta fyrir að ég áætl. 60-70 m.kr. á síðasta ári, þrátt fyrir veltan í honum væri eitthvað undir 200 m.kr. á ársgrundvelli. Það er augljóst að þessi vara getur aldrei borið slíkan auglýsingakostnað. Framleiðsla á feta var grundvöllur undir rekstri Mjólku fyrstu 2 ár fyrirtækisins.*

---

<sup>210</sup> Friðrik Már Guðmundsson var framkvæmdastjóri Mjólku I á þeim tíma er hann ritaði minnisblaðið en varð síðan framkvæmdastjóri Mjólku II og Vogabæjar í eigu KS allt fram til 1. september 2013.



*Það virðist ekki duga að vera með 97% af markaðnum því þeir eru búnir að leggja mikið á sig til að reyna að fá fyrirtækið keypt í gegnum þriðja aðila"*

Í athugasemdum sínum frá 12. janúar 2016 segir MS að ekkert í markaðsáætlunum gefi til kynna að félagið hafi gripið til hinnar umþrættu verðlagningar vegna þess að því hafi staðið ógn af Mjólku I. Í áætlununum sé að finna „eðlilega, hlutlausa og almenna umfjöllun um eðli þeirrar samkeppni sem fyrirtækið býr við og tækifæri og ógnanir sem henni fylgja.“ Gögnin gefi enga vísbendingu um ásetning MS til að „hamla samkeppni frá Mjólku I.“ Þá mótmælir MS því einnig að gögnin sýni sterka stöðu félagsins heldur þvert á móti kröftuga samkeppni frá Mjólku I sem gefi til kynna að MS hafi í raun ekki verið markaðsráðandi.

Samkeppniseftirlitið bendir fyrst á að í þessum athugasemdum er það staðfest sem fram kemur í umræddum markaðsáætlunum að Mjólka I var keppinautur MS í sölu á mjólkurafurðum. Hið sama gildir einnig um Mjólkurbúið. Þessi samtímagögn frá MS sýna einnig að félagið taldi ákveðna samkeppnisógn stafa af Mjólku I. Ekki er lagt til grundvallar að þessi gögn, ein og sér, sýni ásetning til þess að raska samkeppni. Þau hafa hins vegar þýðingu þegar þau er metin í samhengi við aðgerðir MS á rannsóknartímabilinu. Sjónarmið MS í þessu máli geta ekki breytt því að forstjóri félagsins taldi áhrif af samkeppni frá Mjólku I „milduð“ vegna þess að Mjólka I þurfti að kaupa m.a. hrámjólk af MS. Er þetta eðlilega til stuðnings því að MS hafi verið í afar sterkri stöðu á mjólkurmarkaði á þessum tíma.

### 3.3 Hækkun árið 2009 á verði á hrámjólki til Mjólku I

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 neyslusamsetningu mjólkurvara hefur verið að undanförmu, 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.“<sup>211</sup>*

Sá Pálmi sem vitnað er til í framangreindri fundargerð er og var 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.

---

<sup>211</sup> Finna má fundargerðir Verðlagsnefndar búvara á heimasíðu atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytisins. Sjá hér: <http://www.atvinnuvegaraduneyti.is/verkefni/malaflokkar/landbunadur/verlagsnefnd-buvara/>





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:

*„Rætt var ítarlega um stöðu vinnslu- og dreifingarkostnaðar en þar kom fram að samkvæmt módeli er hækkunarpörf 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 Mjólkku I 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 og laut að hrámjólk lenti á keppinauti MS en verð á hrámjólk til Mjólkku I hækkaði úr 79,72 kr. á lítra í 85,82 kr. eða um 7,6%. Á sama tíma hækkaði verð á hrámjólk 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 Mjólkku I en í fundargerð nefndarinnar segir:

*„Formaðurinn lagði fram erindi frá Mjólkku, 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 Mjólkku I, sem auk þess var markaðsráðandi, þ.e. framkvæmdastjóra hjá MS, að vinna að útskýringu vegna erindis Mjólkku I, á verðhækkun nefndarinnar á mjólk í lausu máli sem bitnaði á Mjólkku I, einni afurðastöðva.



MS kaus að hækka verð á hrámjólk til Mjólku I í samræmi við framangreinda verðhækkun verðlagsnefndar á gerilsneyddri mjólk í lausu máli. Var það alfarið ákvörðun MS. Þessi verðhækkun MS varð til þess að þrengja enn frekar að rekstrargrundvelli Mjólku I í samkeppni við MS og KS. Það var svo í framhaldi af þessari verðhækkun að félagið var selt til KS, sbr. nánari umfjöllun síðar. Af 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 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.

Í athugasemdum MS frá 16. janúar 2016 er því haldið fram að umrædd verðhækkun sem tók gildi 1. ágúst 2009 hafi ekki lent á Mjólku I þar sem fyrirtækið hafi ekki verið á þeim tíma í viðskiptum við MS. Þá horfi Samkeppniseftirlitið „á þessa hækkun algjörlega einangrað en til skilnings er nauðsynlegt að skoða hana í samhengi við þær verðbreytingar sem höfðu orðið árin á undan.“

Samkeppniseftirlitið bendir á að Mjólka I<sup>212</sup> var sjálfstæður keppinautur MS og KS út árið 2009, sbr. nánari umfjöllun í næsta kafla. Á árunum 2008 og 2009 keypti Mjólka I hrámjólk af MS fyrir tæplega 400 milljónir kr. og geta framangreind sjónarmið MS því ekki staðist.

Það var alfarið frjálts viðskiptaákvörðun hjá MS að annars vegar miða verð á hrámjólk til KS við framleiðendaverð og verð til Mjólku I við heildsöluverð á gerilsneyddri nýmjólk. Að sama skapi var það alfarið ákvörðun MS að hækka verð á hrámjólkinni til Mjólku I með hliðsjón af verðlagningu verðlagsnefndar búvöru frá 1. ágúst 2009 og breyta ekki verðinu til KS og eigin vinnslu. Með þessu var samkeppnistaða Mjólku I gerð enn erfiðari og tilvísun MS til annarra verðbreytinga verðlagsnefndar geta hér engu breytt.

MS vísar til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins frá 30. september 2011 og heldur því fram að í ljósi niðurstöðu í því muni eftirlitið brjóta gegn 4. gr. 7 viðauka við Mannréttindasáttmála Evrópu (MSE) ef það kemst að þeirri niðurstöðu að MS hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga í þessu máli

Í umræddu ákvæði MSE segir að enginn skuli sæta lögsókn né refsingu að nýju í sakamáli innan lögsögu sama ríkis fyrir brot sem hann hefur þegar verið sýknaður af eða sakfelldur fyrir með lokadómi samkvæmt lögum og sakamálaréttarfari viðkomandi ríkis. Til þess að um brot á ákvæðinu sé að ræða þarf m.a. liggja fyrir að í yngra málinu sé um að ræða sama brot og eldra málið tók til. Í því felst m.a. að um sömu háttsemi sé að ræða, þ.e. bæði mál þurfa að beinast að sömu málsatvikum.<sup>213</sup>

Í umræddri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins var leidd til lykta kvörtun nokkurra mjólkurbænda. Héldu þeir því annars vegar fram að MS og Mjólka I hefðu haft með sér ólögmeitt samráð og hins vegar að MS hafi misnotað markaðsráðandi stöðu með því að

<sup>212</sup> Á bls. 12-14 í greinargerð Samkeppniseftirlitsins í máli áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 5/2014 er fjallað um það að þrátt fyrir að rekstur Mjólku I hafi í júlí 2009 verið færður í nýtt félag hafi engu að síður verið um sama fyrirtæki að ræða í skilningi samkeppnislaga.

<sup>213</sup> Sjá t.d. umfjöllun í viðauka II við skýrslu nefndar forsætisráðherra um viðulög við efnahagsbrotum frá 12. október 2006.



þvinga Mjólku I til samninga um mjólkurflutninga. Komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að ekki hafi verið sýnt fram á brot á 10. eða 11. gr. samkeppnislaga.

Ætluð brot MS í þessu máli felast ekki í því að félagið hafi þvingað Mjólku I til samninga um mjólkurflutninga. Tilvísun MS til 4. gr. 7 viðauka við MSE á því ekki við.

### 3.4 KS kaupir Mjólku I

MS hefur byggt á því að Samkeppniseftirlitið hafi „*ruglast*“ á Mjólku I og Mjólku II á árinu 2009. Hefur MS byggt á því að í raun hafi Mjólki I hætt starfsemi í júlí 2009. Sökum þessa geti sú hækkun á mjólk í lausu máli, sem tók gildi 1. ágúst 2009, ekki hafa haft áhrif á Mjólku I.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þetta. Tilkynning á samruna Mjólku I og KS barst Samkeppniseftirlitinu 18. september 2009 og eftirlitið tók ákvörðun í málinu 10. desember 2009. Gögn málsins sýna að Mjólka I var ekki undir yfirráðum KS á meðan samrunamálið var til rannsóknar hjá Samkeppniseftirlitinu, sbr. einnig hér á eftir. Var Mjólka I því keppinautur bæði MS og KS á árinu 2009.<sup>214</sup>

MS hefur einnig fjallað um áhrif verðlagningar fyrirtækisins á Mjólku I og sett fram sjónarmið sem eiga að sýna fram á að verðhækkun fyrirtækisins 1. ágúst 2009 á hrámjólk hafi ekki haft úrslitaáhrif á rekstur Mjólku I. Ástæðu þessa telur MS vera afar slakan rekstur Mjólku I og hefur í því samhengi rætt um „*sérstaka getu*“ stjórnenda þess fyrirtækis til að reka fyrirtæki sitt illa. Samkeppniseftirlitið getur ekki tekið undir þær skýringar MS í ljósi þeirrar mismununar í verðlagningu á hrámjólk sem Mjólka I stóð frammi fyrir. Ef MS hefði þurft að greiða sama verð fyrir hrámjólk til eigin vinnslu og Mjólka I þurfti að gera fyrir það grundvallarhráefni til vinnslu mjólkurafurða þá hefði MS skilað umtalsverðu tapi á rannsóknartímabilinu, sbr. nánari umfjöllun hér á eftir.

Eins og fram hefur komið hækkaði MS verð á hrámjólk til Mjólku I um 7,6% þann 1. ágúst 2009. Á sama tíma stóð verð MS í viðskiptum við KS (og til eigin vinnslu MS) á sömu hrámjólk í stað. Þetta þýddi að Mjólka I þurfti að greiða 21% hærra verð fyrir þetta hráefni heldur en eigin mjólkurvöruframleiðsla MS og 17% hærra verð en mjólkurvöruframleiðsla KS. Er að mati Samkeppniseftirlitsins augljóst að þetta hafi haft veruleg áhrif á getu Mjólku I til þess að starfa á markaði.

Í minnisblaði Ólafs Magnússonar, fyrrverandi framkvæmdastjóra Mjólku I, og Bjarkar Ólafsdóttur, fyrrverandi fjármálastjóra Mjólku I og Vogabæjar, er á því byggt að verðhækkun MS 1. ágúst 2009 hafi haft mjög skaðleg áhrif og að henni hafi verið beint gegn Mjólku I.<sup>215</sup> Hafi hún haft úrslitaáhrif um að eigendur Mjólku I hafi ekki getað haldið áfram rekstri fyrirtækisins. Í minnisblaðinu er einnig fjallað um fund sem framangreindur Ólafur hafi átt við annan forstjóra MS á þessum tíma, Þórólf Gíslason (en hann er og var einnig kaupfélagsstjóri KS). Á þessum fundi hafi Þórólfur lýst yfir áhuga á að kaupa Mjólku I og síðar hafi hafist viðræður við KS um þau kaup. Var því haldið fram af Ólafi að allt frumkvæðið af samruna KS og Mjólku I hefði legið hjá KS.

<sup>214</sup> Gögn málsins sýna að salan á Mjólku I til KS var ekki endanlega samþykkt af eigendum fyrir en 29. og 30. desember 2009. Um þetta og önnur atvik er fjallað nánar í greinargerð Samkeppniseftirlitsins fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnisála í máli nr. 5/2014, bls. 12-14.

<sup>215</sup> Minnisblað um áhrif verðhækkunar, dags. 29. apríl 2014.



Fyrirsvarsmenn Mjólku I hafa sagt að þrátt fyrir að rekstur Mjólku I hafi verið erfiður á þessum tíma hafi stjórnendur félagsins unnið í því að endurfjármagna rekstur Mjólku I með samningum við fjármálafyrirtæki. Til að ná því fram hafi verið 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.“*

Í framangreindri samrunatilkynningu KS, dags. 18. september 2009, var tilkynnt um samruna „Mjólku ehf. (kt. 570205-0480)“ og KS. Fram kemur í tilkynningunni að samruninn hefði ekki komið til framkvæmda. Upplýst var að viðræður hefðu endað í „sameiginlegri tilboðsgerð og unnið er að kaupsamningi, sem gerður er með fyrirvara um samþykki Samkeppniseftirlitsins á samrunanum.“ Með öðrum orðum lýsti KS því yfir gagnvart Samkeppniseftirlitinu 18. september 2009 að það væri ekki búið að ná yfirráðum yfir þessum keppinauti sínum. Í tilkynningu KS er sagt að allar upplýsingar í henni séu réttar og allt mat sett fram samkvæmt bestu vitund og í góðri trú. Á bls. 1 í tilkynningunni eru ástæður samrunans sagðar eftirfarandi:

*„Mjólka var stofnuð af fjölskyldunni í Eyjum í ársbyrjun 2005 og hefur félagið vaxið verulega á þeim tíma. Afkoma félagsins hefur verið neikvæð frá stofnun og hefur kostnaður við vöruþróun og hátt vaxtastig vegið þar þyngst. Vöxtur félagsins hefur verið gífurlegur á síðustu misserum og hefur verið mjög erfitt að fjármagna þann vöxt eftir fall bankanna. Það var því fullreynt af hálfu núverandi eigenda að tryggja áframhaldandi rekstur Mjólku án þess að fá nýja fjárfesta að fyrirtækinu. Með sölu á hlut til KS er áframhaldandi rekstur Mjólku tryggður og ljóst að fyrirtækið getur betur mætt samkeppni á markaði. KS er jafnframt aðili sem vinnur á þessum markaði og er því tækifæri til þess að ná fram aukinni hagræðingu og samlegð sem tryggir samkeppnishæfni fyrirtækisins. Eyjafjölskyldan verður áfram í lykilhlutverki við uppbyggingu og áframhaldandi rekstur fyrirtækisins, fjárhagsleg staða fyrirtækisins er tryggð með sterkum bakhjarli og samstarfsaðila.“*

Kemur svo fram að gert sé ráð fyrir því að Ólafur Magnússon muni eiga 12,5% í Mjólku II en KS afganginn. Lýst er síðan árangri Mjólku I í sölu á osti og að fyrirtækið hafi þróað nýjar vörur. Mikil uppsveifla sé á þessu sviði og talsverðir vaxtarmöguleikar. Séu m.a. „veruleg tækifæri“ fyrir Mjólku II að þróa framleiðslu undir vörumerkjum kaupenda (private label) en MS hafi ekki viljað sinna slíkri framleiðslu.



Óhætt er að segja að mikið beri á milli í annars vegar samtímamati KS á stöðu og möguleikum Mjólku I og hins vegar þeim lýsingum sem MS hefur kosið að setja fram gagnvart Samkeppniseftirlitinu. Ljóst er þannig að stjórnendum Mjólku I, sem MS segir að hafi búið yfir sérstakri getu til tapreksturs, var ætlað af hálfu KS að gegna lykilhlutverki við að reka Mjólku áfram. Þá ber að hafa í huga að móðurfélag MS kom að þessum viðskiptum og virðist því hafa haft svipað mat á Mjólku I á þessum tíma og KS hafði, sbr. bls. 3 í bréfi MS til Samkeppniseftirlitsins frá 13. febrúar 2013.

Til þess að samruni Mjólku I og KS gæti orðið þurfti samþykki 2/3 hluta hluthafa. Það samþykki hluthafa Mjólku I lá ekki fyrir fyrr en í árslok 2009 eftir að fullreynt var að rekstur félagsins stæði ekki undir sér.

Ljóst er að haustið 2009 urðu eigendur Mjólku I andsnúnir því að selja félagið til KS. Gefur opinber umfjöllun til kynna að reynt hafi verið að tryggja að Mjólka I myndi starfa áfram sem sjálfstæður keppinautur á markaði. Á þeim tíma sem fyrri eigendur Mjólku I voru að vinna í því að ná tókum á rekstrinum er hins vegar augljóst að framangreind verðhækkun MS á hrámjólk gerði stöðuna mjög erfiða.

Í viðtali við forstjóra Mjólku I í Kastljósi þann 22. september 2009 kemur fram að félagið hafi farið í erfiðar 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 við 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 hennar fyrir 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 bændu. 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 bændu 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 Mjólkur verulega skert og köllum eftir viðbrögðum verðlagsnefndar tafarlaust."*

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

*„Ólafur Magnússon eigandi og framkvæmdastjóri Mjólkur 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 hrámjólki til Mjólkur. Sú hækkun sé að sliga fyrirtækið. Samkeppniseftirlitið hefur sent frá sér ályktun um fyrirhugaðan samruna Mjólkur 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."*

Fyrirsvarsmenn Mjólkur 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 á hrámjólki 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.

### 3.5 Verðhækkun MS/KS eftir að samkeppnisaðhald frá Mjólkur I hverfur

Hér að framan var gerð grein fyrir því að á árunum 2008-2009 hafi Mjólkur I veitt MS og KS samkeppnislegt aðhald ekki síst í sölu á rifnum osti. Afleiðingar þess að þetta aðhald hvarf komu fljótlega í ljós.

Samkeppniseftirlitið vísar hér til umfjöllunar í kafla II 7.6 og 7.7 hér að framan. Þar er gerð grein fyrir því að í febrúar 2010 náðu MS og KS saman um verðhækkun á rifnum osti. Kemur þar m.a. fram að þessi verðhækkun hafi átt að skila MS 50 millj. kr. framlegðaraukningu á heilu ári.

### 3.6 Áhrif verðmismunar á framleiðslu Mjólkur I og Mjólkurbúsins

Sú verðmismunun sem Mjólkur I og síðar Mjólkurbúið sættu af hálfu MS var veruleg. Þurftu þessi fyrirtæki að borga verð sem var allt að 21% hærra heldur en keppinautarnir MS og KS greiddu fyrir samskonar hráefni.

Gögn málsins gefa til kynna að til þess að lágmarka skaðann af verðmismun MS á sölu hrámjólkur til Mjólkurbúsins hafi félagið breytt hlutföllum hráefnis í framleiðslu á sýrðum 10% og 18% rjóma um áramótin 2013/2014 með því að lágmarka innkaup á hrámjólki af MS. Fram að þeim tíma notaði Mjólkurbúið hrámjólki frá MS til framleiðslu framangreindra afurða og þar áður framleiddi Mjólkur I mozzarellaost sem var að langmestu leyti framleiddur úr hrámjólki svo dæmi sé tekið. Eins og gefur að skilja hefur mismunun MS gagnvart Mjólkur I og síðar Mjólkurbúinu orðið til þess að félagin hafa þurft að aðlaga sig



að 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 Mjólku I færi á því að keppa í lágframlegðarvörum eins og drykkjarmjólk eða sölu á gerilsneyddri mjólk í lausu máli. Mjólka I seldi Vífilfelli gerilsneydda mjólk í lausu máli en eftir að Mjólka I varð háð MS um kaup á hrámjólk eins og fjallað er um hér að framan varð félagið ófært að eiga þau viðskipti áfram og færðust þau til MS. Samkeppnisstaða fyrirtækis eins og Mjólkurbúsins getur veikt með því einu að það býr við hærra kostnaðarverð aðfanga 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.

Í athugasemdum sínum frá 12. janúar 2016 mótmælir MS framangreindu. Bendir MS m.a. á að „við mat á möglegum áhrifum á samkeppni er litið til jafns hagkvæms keppinautar (e. *as efficient competitor*). Ef slíkur aðili getur keppt við verðlagningu markaðsráðandi fyrirtækis þá er almennt ekki talið að um samkeppnishamlandi háttsemi sé að ræða. Í máli þessu er staðreyndin sú að MS annars vegar og Mjólka I/Mjólkurbúið hins vegar eru fráleitt sambærilegir aðilar. MS verður því ekki refsað vegna þess eins að síðargreindu fyrirtækin búa við hærra kostnaðarverð aðfanga, m.a. vegna smæðar.“

Í næsta kafla verður fjallað um túlkun á 11. gr. samkeppnislaga en samhengisins vegna er rétt að taka hér fram að umfjöllun MS um „jafn hagkvæman keppinaut“ byggir á röngum lagaskilningi, sbr. mgr. 132 í dómi EFTA-dómstólsins frá 18. apríl 2012 í máli nr. E-15/10, *Posten Norge gegn Eftirlitsstofnun EFTA*.<sup>216</sup> Þá standast ekki þessi sjónarmið hjá MS þar sem það var verðlagning MS á hrámjólk sem gerði samkeppnisstöðu hinna minni keppinauta sérstaklega erfiða. Þá liggur fyrir að ef MS hefði þurft að greiða sama verð og þeir þá hefði MS skilað umtalsverðu tapi á rannsóknartímabilinu. Það sjónarmið MS um að ekki megi refsa félaginu vegna óhagkvæms rekstrar minni keppinauta er því ekki á rökum reist.

### 3.7 Áhrif samstarfs MS og KS

Í kafla II hér að framan var gerð grein fyrir nýjum gögnum frá m.a. MS og KS sem aflað var í kjölfar úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2014. Sú umfjöllun leiddi til þeirrar niðurstöðu að MS njóti engrar undanþágu frá samkeppnislögum þegar lögmæti viðskiptakjara fyrirtækisins gagnvart Mjólku I og Mjólkurbúinu er virt.

Umrædd ný gögn, sem varða m.a. framkvæmd, efndir og uppgjör samnings MS og KS frá júlí 2008, hafa einnig þýðingu út frá samkeppnislegu sjónarmiði á mjólkurmarkaði á rannsóknartímabili málsins. Vísast hér til umfjöllunar í kafla II í heild sinni en einnig er rétt að taka hér eftirfarandi fram.

Umfjöllun í kafla II sýnir að fyrir júlí 2008 var í gildi samningur um að KS seldi allar mjólkurafurðir sínar í gegnum MS og að KS greiddi sama verð fyrir hrámjólk frá bændum

<sup>216</sup> Í málinu byggði markaðsráðandi fyrirtæki á svipuðum sjónarmiðum og MS gerir, sbr. mgr. 122: „...ESA should have considered if the available alternatives would have allowed an “as efficient competitor” to compete effectively with Norway Post.” Dómstóllinn féllst ekki á þetta og í mgr. 132 segir: „... it is immaterial whether an “as efficient competitor” could have competed effectively with Norway Post. As ESA has correctly pointed out, it is for the competitive process to decide, without being distorted, which firms stay in the market.“



og MS, líkt og um eitt og sama félag væri að ræða. Komu MS og KS sér saman um að stunda ekki samkeppni á markaði fyrir kaup á mjólk frá bændum og einsettu sér að greiða sama verð til bænda, þ.e. lágmarksverð verðlagsnefndar búvöru.

Á grundvelli samkomulagsins frá júlí 2008 var mozzarella ostagerð KS flutt til afurðastöðvar MS á Egilsstöðum. Var sá ostur sem framleiddur var hjá MS á Egilsstöðum seldur KS á Sauðárkróki til rifostagerðar. Þeim tilflutningi á framleiðslu var mætt með því að MS seldi KS allt að 3,5 milljónir lítra af hrámjólk á hinu lága verði (lágmarksverði til bænda) til framleiðslu á öðrum framlegðarháum vörum. Gert var ráð fyrir að sá flutningskostnaður sem bændur greiddu fyrir mjólkina til afurðastöðvar nægði til að dekkja flutningskostnað MS á hrámjólk til KS. Eins og fram hefur komið staðhæfði MS í málflutningi fyrir áfrýjunarnefnd að almennt skiptist flutningskostnaður á milli félagsins og bænda þannig að 60% kostnaðarins væri Auðhumlu/MS og 40% bænda.

Eftir að framleiðsla á nokkrum mjólkurafurðum var færð á milli MS og KS var lögð áhersla á að afkoma greinarinnar félli 90% í hlut MS og 10% í hlut KS sem endurspeglar eignarhluti eigenda í MS. Afkoman var stillt af í gegnum verðtilfærslu (bæði lögbundna tilfærslu og verðtilfærslu SAM) og með umboðslaunum af heildsöluverði mjólkurafurða vegna sölu á mjólkurafurðum hvors annars og markaðsverði á „frjálsum vörum“. Þessar „frjálsum vörur“ voru almennt taldar framlegðarháar vörur sem m.a. Mjólka I lagði áherslu á að bjóða. Til þess að treysta sameiginlega markaðsstöðu MS og tengdra aðila seldi MS tengdum aðilum hrámjólk á lágmarksverði til bænda en keppinautum á mun hærra verði.

Af gögnum málsins má sjá að uppgjör samkvæmt samkomulaginu frá júlí 2008 var ekki framkvæmt í samræmi við ákvæði þess heldur var stuðst við grófa viðmiðun. Umrædd verkaskipting MS og KS fólst aðallega í aukinni framleiðslu á mozzarellaosti og ferskvöru hjá MS en ostagerð og rifostaframleiðslu hjá KS. Þrátt fyrir það lá ávinningur af verkaskiptingunni hjá bæði MS og KS í gegnum aðgang að sölukerfi hvors annars og gagnkvæmum umboðslaunum fyrir dreifingu allra vörutegunda sem seldar voru hjá KS í Skagafirði annars vegar og MS á öðrum stöðum á landinu hins vegar. Umboðslaunin og sameiginlegur ávinningur af samstarfi MS og KS náði þannig einnig til þeirra vörutegunda sem ekki voru hluti af samkomulaginu frá júlí 2008 með síðari breytingum. Í gegnum sameiginlegt sölukerfi og afkomujöfnun var hægt að mæta samkeppni frá smærri aðilum með því að deila framlegð á milli vörutegunda í gegnum afurðaverð og þannig mæta samkeppni frá þeim sem voru að ná árangri á markaði með einstakar mjólkurafurðir (eins og t.d. Mjólka I var að gera á árunum 2008 og 2009). Þannig var hægt að halda markaðsverði samkeppnisvara í lágmarki með sölu MS á hrámjólk til tengdra aðila (KS og Mjólku II) á lágmarksverði til bænda en með því var MS og tengdum aðilum gefið verulegt forskot í samkeppni við smærri keppinauta á markaði.

Í framangreindu samkomulagi MS og KS frá júlí 2008 er gengið út frá því að MS og KS skiptu mörkuðum á milli sín þannig að MS tæki allar vörur KS til sölu í gegnum sitt sölukerfi fyrir utan mjólkurafurðir sem KS tæki til sölu á sínum heimamarkaði í Skagafirði. Framlegðarskipti MS og KS voru framkvæmd í gegnum umboðslaun í innbyrðis viðskiptum með mjólkurafurðir sem námu [ ]<sup>217</sup> af heildsöluverði. Þá var auk þess markaðsverð stillt af til þess að jafna heildarafkomu í greininni þannig að hún félli 90% hjá MS og 10% hjá

---

<sup>217</sup> Trúnaðarmál.





KS í sömu hlutföllum og eignarhlutur Auðhumlu og KS í MS. Þá er því haldið fram að framangreint uppgjör á umboðslaunum MS vegna sölu á afurðum KS tengist kauprétti MS á Mjólku/Vogabæ eftir að félögin komust í eigu KS.

Uppgjör MS og KS á EBITDA eins og framar er getið hafði þann tilgang að jafna afkomu félaganna óháð því hvort framleiddar voru framlegðarháar vörur eða framlegðarlágar vörur sem háðar eru verðlagsákvæðum verðlagsnefndar búvöru. Þess ber að geta að mjólkurafurðir sem háðar eru verðlagningu verðlagsnefndar búvöru um hámarksverð eru hlutfallslega fáar af vöruúrvali á markaði eða rétt um 5,8% vörutegunda í verðlista MS.

Með samkomulaginu frá júlí 2008 var, sem fyrr segir, lögð áhersla á að sameina framleiðslu MS og KS á mozzarellaosti þar sem samkeppni ríkti frá Mjólku I og veita í staðinn KS ívilnandi verð á hrámjólki til framleiðslu á öðrum vörum með háa framlegð. Mozzarellaostur sem MS framleiddi á Egilsstöðum var sendur KS til rifostagerðar sem síðan var seldur í gegnum sölukerfi MS. Mismunandi afkoma var síðan jöfnuð milli MS og KS með því að fella niður umboðslaun MS vegna sölu mjólkurafurða KS í innbyrðis viðskiptum og með hækkun verðs þar sem svigrúm var til staðar en það var á þeim mjólkurvörum þar sem MS hafði einokun á markaði. Söluverði og þ.a.l. framlegð var þannig haldið niðri á framlegðarháum vörum eins og mozzarellaosti til að mæta samkeppni frá Mjólku I sem gerði það að verkum að samkeppnisstaða þess félags versnaði. Eftir að KS keypti síðan Mjólku I gerði MS kaupréttarsamning við KS í Mjólku II og hafði eftir það hagsmuna að gæta af því að verðmæti og árangur Mjólku II væri tryggður í samkeppni við sjálfstæða keppinauta. Það fólst m.a. í því að MS seldi Mjólku II hrámjólki á lágmarksverði til bænda á sömu kjörum og til KS en Mjólkurbúinu á verði gerilsneyddrar mjólkur þó að um sama hráefni væri að ræða.

Það er niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að samkomulag MS og KS frá júlí 2008 ásamt síðari viðaukum hafi ekki verið framkvæmt til jöfnunar á framlegð eins og upphaflega stóð til. Það skýrist m.a. af því að forsendur samkomulagsins um niðurfellingu á allri verðtilfærslu gengu ekki eftir á rannsóknartímabilinu. Þess í stað greiddi KS MS um 175 milljónir kr. í verðtilfærslu frá árinu 2008 til ársins 2013 sem gekk til MS en þá er tekið mið af inn- og útgreiðslum KS vegna verðtilfærslu á sama tíma. Þær greiðslur voru ætlaðar til að bæta upp framlegð MS vegna verkaskiptingar, sbr. samkomulagið frá júlí 2008, sem fól í sér aukna framleiðslu á ferskvörum hjá MS en þær vörur voru háðar verðlagsákvæðum verðlagsnefndar búvöru um hámarksverð og báru þ.a.l. minni framlegð en svokallaðar frjálsar vörur.

Það er einnig niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að MS hafi veitt KS fjárhagslegan ávinning með eftirgjöf á umboðslaunum og skuldum á rannsóknartímabili málsins sem námu alls um [ ]<sup>218</sup> milljónum kr.<sup>219</sup> Þá fékk KS auk þess hrámjólki frá MS á mun lægra verði en keppinautum stóð til boða. Ef KS og Mjólku II hefði verið gert að greiða sama verð fyrir hrámjólki og keppinautum þeirra þá hefði hráefniskostnaður KS og Mjólku II orðið um 239 milljónum kr. hærrí á árunum 2008 til ársins 2013 en raun varð á. Það er niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að þessi mismunun hafi veitt KS og Mjólku II óeðlilegt forskot í samkeppni á skilgreindum markaði málsins.

<sup>218</sup> Trúnaðarmál.

<sup>219</sup> [ ] niðurfelld umboðslaun MS og [ ] milljónir kr. yfirtekin skuld KS sem afskrifuð var gagnvart Mjólku II. Fjárhagslegur ávinningur KS af hvoru tveggja var því samtals [ ] milljónir kr.



Eins og sjá má í kafla II voru umboðslaun MS vegna sölu afurða KS um 616 milljónir kr. á tímabilinu 2008 til ársins 2013 og voru umboðslaun KS vegna sölu á afurðum MS í Skagafirði á sama tímabili um 105 milljónir kr. Hærri umboðslaun til MS en KS skýrast af því að KS seldi allar framleiðsluvörur sem seldar voru utan Skagafjarðar til MS (fyrir utan rifost til Mjólku II). Framangreind umboðslaun sem reiknuðust af heildsöluverði voru í samræmi við almenn [ ]<sup>220</sup> afsláttarkjör sem bæði MS og KS veittu viðskiptavinum á heildsölustigi og hafði ekkert með verkskiptingu að gera, sbr. umfjöllun um meint brot á 19. gr. síðar í þessari ákvörðun.

Mjólka II var ekki aðili að samkomulaginu frá júlí 2008. Þrátt fyrir það fékk félagið líkt og KS hrámjólk frá MS á lágmarksverði til bænda sem var umtalsvert lægra en til keppinauta eins og framar segir.

Það sem eftir stóð af samkomulaginu og hluthafasamningi frá júlí 2008 ásamt síðari viðaukum var eftirfarandi:

- Samkomulag um að stunda ekki samkeppni um hrámjólk frá bændum og greiða þeim sama verð, þ.e. hið auglýsta lágmarksverð verðlagsnefndar búvöru.
- MS seldi KS um og yfir 3,5 milljónir ltr. á ári af hrámjólk á lágmarksverði til bænda.
- Gagnkvæm skuldbinding MS og KS um sölu mjólkurafurða hvors annars.
- Markaðsskipting landssvæða á milli MS og KS við sölu mjólkurafurða.
- Tilflutningur á framleiðslu á framlegðarlágum vörum frá KS til MS mætt með lögbundinni verðtilfærslu og verðtilfærslu SAM ásamt aukinni framleiðslu KS á framlegðarháum vörum.

Gagnkvæm umboðslaun (söluþóknun) um sölu á fullunnum mjólkurvörum MS og KS komu framangreindu verkaskiptasamkomulagi í raun ekki við enda voru þau kjör í samræmi við almenn afsláttarkjör sem í gildi voru í heildsöluviðskiptum hjá bæði MS og KS til annarra aðila.

Markmið samkomulagsins frá júlí 2008 var m.a. í raun að bæta KS upp aukna greiðslu í verðtilfærslusjóði í kjölfar þess að MS tæki yfir framleiðslu á fimm ferskvörum af KS sem háðar voru verðlagsákvæðum og báru lága framlegð. Það hafði þau áhrif að KS greiddi um 176 milljónum kr. meira í verðtilfærslusjóði en félagið fékk greitt úr verðtilfærslusjóðum frá árinu 2008 til ársins 2013. Þeir fjármunir fóru m.a. til þess að bæta MS upp framleiðslu og sölu á mjólkurafurðum sem báru lága framlegð vegna verkaskiptingar. Þá seldi MS hrámjólk á ívilnandi verði til KS og Mjólku II til framleiðslu á framlegðarháum vörum eins og til að mynda rifosti og sérostum ýmiskonar. Síðar veitti MS KS að auki eftirgjöf á skuldum á sama tíma sem námu alls um [ ]<sup>221</sup> milljónum kr. eins og framar segir.

Eins og glögg má sjá af einfaldri útfærslu á framangreindum tilfærslum fjármuna þá taka þær ekki eingöngu mið af þeirri afmörkuðu verkaskiptingu sem um ræðir í þessu máli heldur öllum mjólkurafurðum sem teknar voru til sölu hjá MS annars vegar og KS hins vegar. Hér skal hafa í huga að verkaskipting MS og KS samkvæmt samkomulaginu frá júlí

---

<sup>220</sup> Trúnaðarmál.

<sup>221</sup> Trúnaðarmál.



2008 afmarkast við fáeinar mjólkurafurðir sem réttlætir ekki almenna leiðréttingu í afkomu eða framlegð allra mjólkurafurða líkt og gert var í framkvæmd samkomulagsins í gegnum hráefnis- og afurðaverð. Í stað þess að bæta framlegð vegna verkaskiptingar var almennt leitast við að jafna afkomu MS og KS í gegnum heildsöluverð með hliðsjón af verðlagningu mjólkurafurða keppinauta annars vegar og verðlagningu mjólkurafurða sem ekki voru háðar verðlagningu verðlagsnefndar búvöru um hámarksverð hins vegar, þ.e. svokallaðar frjálsar vörur. Til þess að auka svigrúm í verðlagningu mjólkurafurða gagnvart keppninautum var sala á hrámjólk til tengdra aðila (KS og Mjólku II) seld á verði sem jafngilti lágmarksverði til bænda en með því var þeim veitt forskot í samkeppni við mjólkurafurðir keppinauta MS og tengdra aðila.

Það er niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að samkomulagið frá júlí 2008 með síðari breytingum, eins og það var framkvæmt, samsvari ekki því framlegðartapi sem MS og KS töldu verða til hjá KS vegna verkaskiptingar sinnar. Eins og framfar segir var fjárhagslegur ávinningur KS og Mjólku II umtalsvert meiri en verkaskiptingin átti að hafa í för með sér, sbr. töflu 23.

**Tafla 23. Ávinningur KS og Mjólku II af framkvæmd samkomulagsins frá júlí 2008 til ársins 2013, fjárhæðir í milljónum kr.<sup>222</sup>**

<b>Framlag</b>	<b>KS</b>	<b>MS</b>
Verðtilfærsla	176	
Niðurgreidd hrámjólk til KS og Mjólku II		[ ]
Niðurfelldir afslættir		[ ]
Eftirgjöf á skuld		[ ]
<b>Samtals</b>	<b>176</b>	<b>[ ]</b>
<b>Ávinningur KS</b>	<b>[ ]</b>	

Samkvæmt þessu nam ávinningur KS og Mjólku II um [ ]<sup>223</sup> milljón kr. [ ]<sup>224</sup> sem er ávinningur félaganna umfram verðtilfærslu sem KS þurfti að greiða vegna verkaskiptingar í framleiðslu mjólkurafurða. Þá er ótalin aukin framlegð KS vegna framleiðslu og sölu á framlegðarháum vörum sem var afleiðing af verkaskiptasamkomulagi MS og KS frá 15. júlí 2008. Það má sjá af gögnum málsins að framlegð KS varð í kjölfarið umtalsvert meiri en MS.

<sup>222</sup> Fjárhæðir í hornklofa eru trúnaðarmál.

<sup>223</sup> Trúnaðarmál.

<sup>224</sup> Trúnaðarmál.



## V. MISNOTKUN Á MARKAÐSRÁÐANDI STÖÐU

Almennt um túlkun 11. gr. samkeppnislaga vísast til úrskurða áfrýjunarnefndar samkeppnismála og dóma dómstóla, sbr. m.a. úrskurði áfrýjunarnefndar í málum nr. 3/2008, 10/2011, 1/2012 og dóma Hæstaréttar Íslands í málum nr. 550/2007, 640/2007, 188/2010, 205/2011, 355/2012 og 419/2015. Einnig vísast til undirliggjandi ákvarðana Samkeppniseftirlitsins í þessum málum. Í ákvörðun eftirlitsins nr. 26/2014 var einnig fjallað um túlkun á 11. gr. samkeppnislaga með hliðsjón af innlendri réttarframkvæmd og framkvæmd í EES/ESB-samkeppnisrétti og vísast einnig til hennar.

Í eftirfarandi umfjöllun verður hnykkt á tilteknum atriðum sem tengjast túlkun á 11. gr. samkeppnislaga:

### 1. Sérstaklega ríkar kröfur gilda um MS

Eins og fram kemur í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008, *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*, leiðir af 11. gr. samkeppnislaga „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.“ Þessi skylda markaðsráðandi fyrirtækja getur verið mismunandi eftir stöðu þeirra á markaði. Í sama úrskurði benti áfrýjunarnefndin þannig á 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.“ Hefur áfrýjunarnefnd ítrekað tekið þetta fram.<sup>225</sup>

Í kafla III. 2 hér að framan er gerð grein fyrir afar sterkri stöðu MS á markaði málsins. Á grundvelli laga nr. 85/2004 hefur MS náð stöðu sem heggur nærri einokun og er samkeppni þar með mjög takmörkuð. Með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2006 var staðfest sú niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að einn forveri MS, Osta- og smjörسالan 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*

<sup>225</sup> Sjá t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 4/2007, *Icelandair ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, sbr. og dóm Hæstaréttar í málinu (nr. 205/2011). Sjá einnig mgr. 114 og 119 í dómi dómstóls ESB í sameinuðum málum nr. C-395-396/96, *Compagnie Maritime Belge gegn framkvæmdastjórninni* [2000] ECR-1365. Sjá jafnframt dóm dómstólsins frá 17. febrúar 2011 í máli nr. C-52/09, *TeliaSonera*, mgr. 81.



*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 hérlendis, 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.*"<sup>226</sup>

MS varð til eftir að Osta- og smjörsalan og fleiri fyrirtæki í mjólkuriðnaði runnu saman. Staða MS er því, ef eitthvað er, enn sterkari en staða Osta- og smjörsölnunnar var á sínum tíma. Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2006 gefur því skýrar leiðbeiningar um þær kröfur sem 11. gr. samkeppnislaga gerir til fyrirtækisins, sbr. einnig úrskurði nefndarinnar í málum nr. 4/2007 og 3/2008.

Eins og fram kemur í m.a. úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 3/2008 og 4/2013 felst m.a. í framangreindri skyldu markaðsráðandi fyrirtækja að þau mega ekki vinna gegn markmiðum samkeppnislaga. Þetta er útskýrt svo í úrskurði í máli nr. 3/2008:

*„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 keppnauta að markaðnum.*

*Því má með réttu segja að skyldur fyrirtækja í markaðsráðandi stöðu nái 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."*

Framangreint sýnir að 11. gr. samkeppnislaga gerir mjög ríkar kröfur til allra aðgerða MS sem varða eða tengjast möguleikum nýrra eða lítilla keppnauta við að hasla sér völl á markaðnum. Hefur hér einnig talsverða þýðingu hið samkeppnislega viðkvæma ástand sem var fyrir hendi á rannsóknartímabilinu sem fólst í hinni tvíþættu stöðu sem MS var í gagnvart Mjólk I og Mjólkurbúinu. Annars vegar var MS óhjákvæmilegur viðskiptavinur umræddra fyrirtækja (sem eini heildsalinn á grundvallar hráefni) og á sama tíma öflugasti keppinatur þeirra í sölu á vörum framleiddum úr hráefninu.

---

<sup>226</sup> Þótt Osta- og smjörsalan hefði mótmælt því að hafa brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga í umræddu máli lagði þessi forveri MS það hins vegar til grundvallar að fyrirtækið væri markaðsráðandi. Tók Osta- og smjörsalan það fram í málinu að „fyrirtækið sé markaðsráðandi á mjólkurvörumarkaði og hafi því miklum skyldum að gegna.“ Einnig var sagt að fyrirtækið væri „mjög meðvitað“ um markaðsráðandi stöðu sína og gæti sín ávallt að hegða sér í samræmi við kröfur 11. gr. samkeppnislaga. MS hefur hins byggt á því gagnvart samkeppnisfirvöldum í þessu máli að fyrirtækið sé ekki markaðsráðandi. Hefur fyrirtækið gert það jafnvel þótt innanhúss samtímagögn sýni hið öndverða, sbr. kafli III 2.1 hér að framan.



MS mótmælir því að félagið hafi haft framangreinda yfirburðastöðu gagnvart Mjólku I og Mjólkurbúinu og að félögin hafi hæglega getað keypt hrámjólk af öðrum aðilum hafi vilji þeirra staðið til þess. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þá skoðun MS enda hafði félagið gert samning við Mjólku I um viðskipti með hrámjólk og að sama skapi hafði Auðhumla, móðurfélag MS, gert framangreinda viðskiptaskilmála við bændur um mjólkurkaup sem MS tók við til eigin vinnslu og endursölu. Mjólka I og Mjólkurbúið gengu út frá því að viðskiptakjör MS á hrámjólk væru ákvörðuð með hlutlægum hætti og að samkeppni væri ekki skekkt með ólíkri verðlagningu annars vegar til tengdra og hins vegar ótengdra aðila, eins og raun ber vitni í þessu máli. Með hliðsjón af framangreindu og því að Auðhumla kaupir hrámjólk af nánast öllum kúabændum á landinu fyrir MS sem nýtir hana til eigin mjólkurvinnslu og selur hana í heildsölu til tengdra og ótengdra afurðastöðva er því augljóst að Mjólka I og Mjólkurbúið voru óhjákvæmilegir viðskiptamenn MS enda hafði félagið verulega sterka stöðu á viðkomandi markaði eins og framar segir.

Aðstaða af þessum toga skapar verulega hættu á hagsmunaárekstrum og samkeppnishömlum hjá fyrirtæki eins og MS sem m.a. getur falist í því að eigin framleiðsla og framleiðsla tengdra aðila njóti betri kjara í kaupum á hráefninu eða að óeðlileg kjör gildi gagnvart smáum keppinautum.<sup>227</sup> Kallaði þetta á sérstaka aðgæslu af hálfu MS.

Framangreint er ekki í ósamræmi við ákvæði búvörulaga heldur þvert á móti í samræmi við þau. Samkeppniseftirlitið vísar til kafla II. 3 hér að framan. Hér ber að áréttta að með undanþágum frá ákvæðum samkeppnislaga var MS (og öðrum afurðastöðvum sem kjósa að nýta sér þær) veitt forréttindi sem íslensk fyrirtæki almennt ekki njóta. Samstarf sem lög nr. 85/2004 heimila getur skilað MS, KS og Mjólku II verulegu viðbótar forskoti á markaði gagnvart keppinautum sem felst í aukinni stærðarhagkvæmni og hagræðingu í vinnslu, birgðahaldi og dreifingu (sölu) mjólkurafurða umfram það sem fyrir er.

Umfjöllun í kafla II. 3 sýnir einnig að búvörulög gera ráð fyrir því að afurðastöðvar í mjólkuriðnaði, sem svo kjósa, geti starfað sjálfstætt og veitt samkeppnislegt aðhald bændum og neytendum til hagsbóta.

Með lögum nr. 85/2004 var MS ekki aðeins veitt forréttindi heldur var einnig dregið úr eftirliti með MS skv. ákvæðum búvörulaga. Eftir gildistöku laganna féllu verðákvæðanir MS í þessu máli ekki undir það aðhald sem stafar frá verðlagsnefnd búvara.

---

<sup>227</sup> Hagsmunaárekstrar og samkeppnishömlur sem geta leitt af slíkri tvíþættri stöðu eða hlutverki markaðsráðandi fyrirtækja eru vel þekktar í samkeppnisrétti, sbr. t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2013, *Breytingar á skipulagi Skiptasamstæðunnar og aðrar aðgerðir til þess að efla samkeppni á fjarskiptamarkaði*. Í frétt eftirlitsins vegna þessa máls segir: „Skipti eru því eigandi landsdekkandi grunnfjarskiptakerfis og hefur það veitt samstæðunni verulegt forskot. Til þess að geta keppt á fjarskiptamarkaði þurfa keppinautar aðgang, að meira eða minna leyti, að grunnfjarskiptakerfinu. Sökum þess eru keppinautar Skipta óhjákvæmilegir viðskiptavinir samstæðunnar. Þetta fyrirkomulag hefur skapað viðvarandi hættu á alvarlegum samkeppnishömlum og hagsmunarélekstrum m.a. hættu á að smásala Símans nyti betri kjara, þjónustu eða gæða varðandi aðgang að grunnkerfinu heldur en keppinautarnir. Einnig skapaði þetta hættu á að misfarið væri með trúnaðarupplýsingar og smásala Símans nyti forskots varðandi nauðsynlegar upplýsingar sem tengjast grunnkerfinu. Telur Samkeppniseftirlitið að aðgerðir Skipta í eldri málum sem farið hafa gegn samkeppnislögum eigi margar rót sína að rekja, með einum eða öðrum hætti, til framangreinds skipulags samstæðunnar bæði fyrr og nú.“



Það er því bæði í samræmi við samkeppnislög og búvörulög að 11. gr. samkeppnislaga sé beitt hafi MS gripið til óeðlilegra aðgerða sem ógnað geta tilverugrundvelli sjálfstæðra afurðastöðva/minni keppinauta.<sup>228</sup>

## 2. Lagaleg flokkun á aðgerðum MS

Í ákvörðun nr. 26/2014 komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að MS hefði brotið gegn c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Í athugasemdum við andmælasjálfrátt Samkeppniseftirlitsins sem birt var áður en framangreind ákvörðun var tekin, dags. 14. mars 2014, segir MS að eingöngu sé hægt að nálgast háttsemi samstæðu félagsins á grundvelli misnotkunar á markaðsráðandi stöðu með óhóflegri verðlagningu eða verðþrýstingi en það hafi Samkeppniseftirlitið ekki gert. Fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála hélt MS því fram að það hafi aðeins verið „til þæginda“ að Samkeppniseftirlitið beitti c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga í málinu. Sagði MS að fyrst Samkeppniseftirlitið teldi rétt að rannsaka verðlagningu fyrirtækisins þá hafi með hliðsjón af atvikum átt að koma til rannsóknar hvort unnt væri að heimfæra háttsemi þess undir bann 11. gr. laganna við okri eða verðþrýstingi. Okur geti að mati MS ekki komið til greina sökum verðlagningar verðlagsnefndar búvöru. Hins vegar virtist MS telja að allar forsendur hafi verið til að rannsaka ætlaðan ólögmætan verðþrýsting þar sem sú háttsemi taki til verðlagningar fyrirtækis sem er markaðsráðandi á heildsölustigi og starfar einnig á tengdum smásölumarkaði. Setti MS síðan fram rök sem áttu að gefa til kynna að fyrirtækið hefði ekki stundað verðþrýsting. Velti MS upp þeirri spurningu hvort Samkeppniseftirlitið hafi beitt c. lið 2. mgr. 11. gr. þar sem það hafi séð að það hafi ekki getað sýnt fram á ólögmætan verðþrýsting.

Samkeppniseftirlitið bendir hér á að í 11. gr. samkeppnislaga er lagt bann við hvers konar misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur, sem staðfestur var með vísan til forsendna af Hæstarétti Íslands í máli nr. 550/2007, *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, segir að skilgreina „verður hverju sinni hvort um misnotkun er að ræða á markaðsráðandi stöðu sem er bönnuð samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga ...“. Um samskonar atriði í EES/ESB-samkeppnisrétti hafa fræðimenn bent á þetta:

*„Case-by-case assessment. Many cases finding an abuse involve conduct of more than one kind or that can be classified under more than one heading. In addition, the EU Courts have stated that the categories of abuse are not closed, so that it is impossible to set out an exhaustive list of conduct that might violate Article 102. There are also indications that it is inappropriate to seek to „pigeon-hole“ conduct as one type of abuse to the exclusion of any other.“<sup>229</sup>*

Samkvæmt þessu er ljóst að tiltekin háttsemi markaðsráðandi fyrirtækis getur, eftir atvikum, verið flokkuð með mismunandi hætti. Þetta á ekki síst við um háttsemi af þeim toga sem mál þetta fjallar um, þ.e. markaðsráðandi heildsali selur mikilvægt hráefni á

<sup>228</sup> Hér má minna á að í umræðum á Alþingi 15. nóvember 2007 tók landbúnaðarráðherra skýrt fram að 11. gr. samkeppnislaga gildir í mjólkuriðnaði. Ráðherra benti á heimild afurðastöðva til samvinnu skv. 71. gr. búvörulaga en tók svo fram að afurðastöðvar „geta að vísu ekki beitt markaðsráðandi stöðu sinni, það er auðvitað ekkert sem samkeppnislögin eða búvörulögin eða nein önnur lög heimila þeim að gera.“, sbr. kafli II 3.5 hér að framan.

<sup>229</sup> Bellamy & Child, European Union Law of Competition, sjöunda útgáfa 2013, bls. 792.



mismunandi verði til tengdra fyrirtækja (og eigin deildar á neðra sölustigi) og ótengdra fyrirtækja. Eftir atvikum hverju sinni er unnt að flokka slíka háttsemi sem m.a. verðmismunun, verðþrýsting eða ólögmæt óhagkvæm/ómálefnaleg viðskiptakjör á hráefninu.<sup>230</sup>

Í hinu eldra máli taldi Samkeppniseftirlitið að háttsemi MS hefði falið í sér skýrt brot á c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Í þessari ákvörðun verður aftur lagt mat á háttsemi MS með hliðsjón af því ákvæði. Í ljósi framangreindra sjónarmiða MS (og umfram skyldu) verður háttsemi félagsins einnig metin með hliðsjón af banni 11. gr. samkeppnislaga við verðþrýstingi og óhagkvæmum viðskiptakjörum.

Til að taka af öll tvímæli er Samkeppniseftirlitið með þessu ekki að leggja mat á hvort þrjú brot hafi verið framin í málinu heldur, í ljósi sjónarmiða MS, að meta hvort það breyti einhverju að horfa á háttsemina frá öðru sjónarhorni en gert var í hinu eldra máli.

Í sjónarmiðum sínum frá 12. janúar 2016 kveðst MS enn vera þeirrar skoðunar að Samkeppniseftirlitið hafi flokkað aðgerðir félagsins sem verðmismunun skv. c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga vegna „*léttvægari sönnunarstöðu heldur en í öðrum tegundum brota.*“ MS hafi hins vegar aldrei talið að forsendur hafi verið til að rannsaka ætlaðan ólögmætan verðþrýsting félagsins.

Samkeppniseftirlitið hefur ekki lagt til grundvallar að MS hafi með ummælum sínum í kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála lýst því yfir að grundvöllur væri til þess rannsaka mögulegan verðþrýsting félagsins eða hafi hvatt til slíkrar rannsóknar. Hins vegar tók MS skýrt fram að ef „*SE taldi rétt að rannsaka verðlagningu kæranda, þá hafi helst átt að koma til rannsóknar hvort unnt væri að heimfæra háttsemi kæranda undir okur eða mögulegan verðþrýsting*“, sbr. bls. 33 í kæru MS frá 20. október 2014. Það er í þessu ljósi sem Samkeppniseftirlitið mun, sem fyrr segir, meta hvort það breyti einhverju að horfa á háttsemina frá öðru sjónarhorni en gert var í hinu eldra máli.

### 3. Ólögmæt verðmismunun

Til skoðunar er í þessu máli hvort MS hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með því að krefja Mjólku I og Mjólkurbúið um verð á hrámjólki til vinnslu mjólkurafurða sem var hærra en það verð sem KS/Mjólka II og MS sjálft þurftu að greiða fyrir sömu vöru.

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. Almennt er afsláttarfyriromulag sem byggist á kostnaðarlegum forsendum, þ.e. verðlækkun sem grundvallast á lægri kostnaði,*

<sup>230</sup> Sjá t.d. dóm dómstóls ESB frá 17. febrúar 2011 í máli nr. C-52/09, *TeliaSonera*, mgr. 53-56. Sjá einnig Whish & Bailey, *Competition Law*, sjöunda útgáfa 2012, bls. 755.





*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 tilfalli fyrir sig hvenær aðilum er mismunað með ólíkum skilmálum í skilningi ákvæðisins.”<sup>231</sup>*

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 á mismunandi verði og að sá munur í verði helgist ekki með beinum hætti af ólíkum kostnaði við hverja sölu fyrir sig.<sup>232</sup> 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. Getur markaðsráðandi fyrirtæki þannig verið óheimilt að vera með mismunandi verð til viðskiptavina sinna ef mismunurinn byggist á ekki á raunverulegum málefnalegum forsendum.<sup>233</sup>

MS hefur litið 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 viðskiptavini. Í öðru lagi þurfi fyrirtækið að hafa mismunað þessum viðskiptavinum í hinum jafngildu viðskiptum. Í þriðja lagi þurfi mismunurinn að veikja samkeppnisstöðu viðskiptavinanna. Í fjórða lagi þurfi að kanna hvort hlutlægar réttlætningarástæður réttlæti háttsemi fyrirtækisins.

Verður nú lagt mat á hvort MS hafi brotið gegn c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga en MS hefur mótmælt því að hafa farið gegn ákvæðinu.

### 3.1 Ólíkir skilmálar í samskonar viðskiptum

Við athugun á því hvort um brot á c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga sé að ræða þarf að líta til þess hvort viðskiptavinum markaðsráðandi fyrirtækis sé 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.<sup>234</sup>

<sup>231</sup> 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.

<sup>232</sup> Sjá Whish & Bailey, *Competition Law*, sjöunda útgáfa 2012, bls. 759.

<sup>233</sup> Sjá dóm dómstóls ESB frá 15. mars 2007 í máli nr. C-95/04, British Airways gegn framkvæmdastjórninni, mgr. 133 og áfra. Sjá einnig dóm undirréttar ESB frá 9. september 2009 í máli nr. T-301/04 Clearstream gegn framkvæmdastjórninni, mgr. 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 ...*”

<sup>234</sup> Sjá álit Kokott aðallögsögumans við dómstól ESB frá 23 febrúar 2006 í máli nr. C-95/04, British Airways gegn framkvæmdastjórninni, mgr. 114: „*Like all prohibitions on discrimination contained in the Treaty, the particular*



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.<sup>235</sup>

Samkeppniseftirlitið telur að í málinu sé eftirfarandi óumdeilt:

- Hrámjólk sem MS seldi Mjólkku I og Mjólkurbúinu er sama vara og MS seldi Mjólkku II og KS. Einnig er þetta sama varan og MS notaði til eigin framleiðslu á mjólkurvörum.
- Þessi sama vara var seld Mjólkku I og Mjólkurbúinu á allt að 17% hærra verði en Mjólkka II og KS greiddu. Borið saman við eigin vinnslu MS var varan seld á allt að 21% hærra verði.

Samkvæmt framansögðu eru umrædd viðskipti MS við tengd og ótengd fyrirtæki samskonar að því leyti að um er að ræða sölu á sömu vöru til allra fyrirtækjanna. Í sjónarmiðum sínum frá 12. janúar 2016 áréttar MS það mat sitt að umrædd viðskipti við tengda og ótengda aðila hafi ekki verið sambærileg og vísar til fyrri umfjöllunar. Meginrök MS virðast vera eftirfarandi:

- Viðskiptin voru ekki sambærilega vegna þeirrar verkaskiptingar sem viðhöfð var á milli MS, KS og Mjólkku II.
- Í raun var „*enginn munur á skilmálum MS*“ til tengdra og ótengdra aðila. Hið lægra verð á hrámjólk til KS og Mjólkku II stafaði af „*réttmætum og rekstrarlegum ástæðum*“ sem fólust í því að það þurfti að bæta þessum fyrirtækjum upp tapaða framlegð sem leiddi af verkaskiptingunni og því var ekki um mismunun að ræða.
- Viðskiptin við Mjólkku I og Mjólkurbúið hafi verið kostnaðarsamari og óhagkvæmari en viðskiptin við hina tengdu aðila.

Kemur þá til skoðunar hvort unnt er að fallast á þessi sjónarmið MS.

### 3.1.1 Vöru viðskiptin sambærileg?

Eins og fyrr segir hefur MS haldið því fram að ekki sé um samskonar viðskipti að ræða í skilningi 11. gr. samkeppnislaga. Ekki sé nóg að um samskonar vöru sé að ræða að mati MS heldur þurfi viðskiptin að vera samskonar. Annars vegar sé um að ræða viðskipti við ótengda aðila og hins vegar sé um að ræða viðskipti milli fyrirtækja sem eigi í

---

*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.*

<sup>235</sup> 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.”



framleiðslusamstarfi. MS segir að jafnvel þótt fallist sé á að 71. gr. búvörulaga heimili afurðastöðvum ekki að grípa til aðgerða sem fari gegn 11. gr. samkeppnislaga verði Samkeppniseftirlitið eftir sem áður að meta hverju sinni hvort háttsemi fyrirtækja uppfylli efnisskilyrði ákvæðisins til þess að hún teljist brotleg. MS, KS og Mjólka II eigi með sér framleiðslusamstarf á grundvelli 71. gr. búvörulaga. Mjólka I og Mjólkurbúið hafi hins vegar verið ótengt því samstarfi. 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 sem standi utan við framleiðslusamstarf MS/KS/Mjólku II. Segir MS að slík ótengd félög þurfi að greiða heildsöluverð fyrir þá mjólk sem þau kaupi af fyrirtækinu.

Samkeppniseftirlitið áréttar að í þessu máli er ekki um það deilt að MS seldi 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. Í samhengi við verðmismununun skv. 11. gr. samkeppnislaga hefur 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.

Í fyrsta lagi sýnir framkvæmd í samkeppnisrétti að lóðrétt samþætt markaðsráðandi fyrirtæki getur gerst sekt um verðmismununun ef það selur hráefni í heildsölu á hærra verði til utanaðkomandi keppinauta heldur en til eigin framleiðsludeildar.<sup>236</sup> Hið sama gildir ef þeir sem njóta hins lægra hráefnisverðs eru tengdir hinu markaðsráðandi fyrirtæki eða það hefur hag af starfsemi þeirra. Engu skipta í þessu sambandi þau rök MS að félagið hafi notið hagræðingar af eigin söfnun á hrámjólk sem réttlæti lægra verð til eigin afurðavinnslu enda greiddu bændur fyrir flutning mjólkurinnar í afurðastöð sem dróst frá lágmarksverði til þeirra. MS hefur síðan haldið fram að félagið beri umframkostnað við söfnun mjólkurinnar m.v. það sem bændur greiða og að sá kostnaður falli á MS (þ.e. þátttaka í söfnunarkostnaði með bændum). Það styður ekki framangreind sjónarmið MS um að félagið hafi notið sérstakrar hagræðingar af eigin mjólkursöfnun sem réttlæti lægra verð til þeirra.

Samkvæmt framansögðu getur ólögmaet mismununun því 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 aðilinn tengdu fyrirtæki og dregur úr getu ótengda fyrirtækisins til að veita virka samkeppni. Að öllu jöfnu er slík aðstaða skýrt dæmi um ólögmaeta mismununun, sbr. nánari umfjöllun hér á eftir.

---

<sup>236</sup> Sjá t.d. 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.*” Sjá einnig í þessu samhengi dóm dómstóls ESB 17. júlí 1997 í máli nr. C-242/95, GT-Link gegn De Danske Statsbaner, mgr. 41, 42 og 46: „*The fact that a public undertaking which owns and operates a commercial port waives those duties on its own ferry services and reciprocally on those of some of its trading partners is likewise capable of constituting an abuse, in so far as with regard to the public undertaking's other trading partners it involves application of dissimilar conditions to equivalent transactions, within the meaning of Article 86(c).*”



Sama aðstaða er uppi í þessu máli. Mjólka I og síðar Mjólkurbúið voru keppinautar MS og tengdra fyrirtækja (MS hefur sagt að Mjólka II og KS séu „afkomutengd“ sér). Verðmismunur 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 mismunur. Eins og ítrekað hefur komið fram veitir 71. gr. búvörulaga MS ekki heimild til þess að fara gegn 11. gr. samkeppnislaga. Ákvæði 71. gr. búvörulaga heimilar MS þannig ekki að mismuna keppinautum á sama sölustigi hvað varðar verðlagningu á hrámjólki. Tilvísun MS til verkaskiptingar eða samstarfs á grundvelli búvörulaga getur því ekki breytt þeim skyldum sem hvíla á fyrirtækinu skv. c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga.

Í öðru lagi varðar umrædd verkaskipting MS og KS vinnslu mjólkurafurða eftir að viðkomandi hráefni, þ.e. hrámjólkin, er komið í afurðastöð og ráðstöfun afurða. Er þetta sagt gert í þeim tilgangi að halda niðri kostnaði. Sala á hrámjólki í afurðastöð á því ekki að hafa áhrif á verðlagningu á því hráefni sem um ræðir þannig að hún réttlæti mismunur gagnvart keppinauti.

Í þriðja lagi eru viðskipti með hrámjólki eðlilega þau sömu þó að MS og tengdir aðilar hafi skipt með sér framleiðslu á fáeinum mjólkurafurðum og átt í innbyrðis viðskiptum með þær sín á milli. Viðskiptin með hráefnið voru eftir sem áður í eðli sínu sambærileg óháð framangreindri verkaskiptingu.

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 sama hráefni til afurðastöðvar KS og Mjólku II (og til eigin vinnslu MS).

### 3.1.2 Voru skilmálarnir ólíkir?

MS hefur fallist á að félagið hafi selt hrámjólki á mismunandi verði til tengdra og ótengdra aðila og því sé um ólíka skilmála að ræða. Hins vegar hafi sá verðmunur verið málefnalegur og lögmætur.<sup>237</sup> Í athugasemdum sínum frá 12. janúar 2016 segir MS hins vegar að í raun var „engin munur á skilmálum MS“ til tengdra og ótengdra aðila. Hið lægra verð á hrámjólki til KS og Mjólku II stafaði af „réttmætum og rekstrarlegum ástæðum“. Eftir sem áður mótmælir MS því að hafa mismunað viðskiptavinum í sambærilegum viðskiptum með aðgerðum sínum. MS réttlætir verðlagningu sína til KS og Mjólku II ekki síst á þeim grunni að félagið og tengdir aðilar hafi heimild í búvörulögum til verkaskiptingar. Hið lága verð til KS og Mjólku II skýrist af grundvelli samkomulags MS og KS þar sem aðilar hafi skipt með sér verkum þannig að MS framleiði meira af vörum með háa framlegð en KS vörur með lága framlegð. Bæta hafi þurft KS og Mjólku II þetta tap og hafi það verið gert með því að verðleggja hrámjólki samkvæmt umræddu lágmarksverði til bænda. Mjólka I og Mjólkurbúið hafi hins vegar ekki „nokkuð til þess unnið“ að eiga rétt á þessu lægra verði.

Samkeppniseftirlitið áréttar að fyrir liggur í málinu að sama varan, hrámjólki, var seld á mismunandi verði til keppinauta á sama sölustigi og var því um að ræða ólíka skilmála að þessu leyti.

---

<sup>237</sup> Sjá bls. 36 í athugasemdum MS frá 14. mars 2014.



Í kafla II hér að framan er komist að þeirri niðurstöðu að í samkomulaginu frá júlí 2008 og eftirfarandi samvinnu MS og KS hafi *ekki* falist að MS framleiddi meira af vörum með háa framlegð en KS vörur með lága framlegð. Hið öndverða gerðist á rannsóknartímabilinu. Til viðbótar var Mjólka II ekki aðili að samkomulaginu um verkaskiptingu. Framangreind sjónarmið MS til stuðnings hinum ólíku kjörum eiga því ekki við rök að styðjast.

Þá er einnig ljóst að framlegðarskipti MS og KS tók ekki mið af hinni afmörkuðu verkaskiptingu og því fór uppgjör vegna hennar ekki fram með nettun á móti afhentri hrámjólki líkt og MS heldur ranglega fram. Þess í stað var leitast við að deila markaðslegum ávinningi af framangreindum viðskiptum milli MS og KS sem varð til þess að raska samkeppni frá minni keppinautum sem ekki nutu þeirra sértæku kjara sem MS veitti eigin vinnslu og tengdum aðilum fyrir hrámjólki.

Samkeppniseftirlitið getur því ekki fallist á að þessar skýringar MS breyti þeirri niðurstöðu að aðilum hafi verið mismunað með ólíkum skilmálum í sambærilegum viðskiptum.

### 3.1.3 Var kostnaður mismunandi?

MS hefur einnig sett fram sjónarmið sem fyrirtækið telur leiða til þess að umræddir skilmálar séu lögmætir sökum þess að ólíkur kostnaður réttlæti mismunun í verði.

Varðandi þennan mismunandi kostnað hefur MS bent á að félagið selji mjólk til tengdra aðila á því verði sem ætlað er að vera lágmarksverð til bænda. Til Mjólku I og síðar Mjólkurbúsins sé mjólkin hins vegar seld á heildsöluverði fyrir gerilsneydda mjólk í lausu máli. Þetta hefur fyrirtækið sagt skýra mismunandi kostnað og verð. Þannig segir eftirfarandi í bréfi MS frá 13. febrúar 2013:

*„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 stjórna- og sölukostnaði og eðlileg álagning vegna áhættu

*Umbj. minn telur ótvírætt að full rök séu að baki þeim verðmun sem er á mjólk í lausu máli og innkaupsverði.”<sup>238</sup>*

<sup>238</sup> Í bréfi MS frá 7. janúar 2013 er einnig fjallað þetta en þar segir: „Verðið sem tilgreint er í reikningi Mjólkursamsölu 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



Samkeppniseftirlitið fellst ekki á þetta. MS getur ekki með réttu vísað til kostnaðar við unna vöru (gerilsneydd mjólk) til að réttlæta að ótengdir aðilar greiði hærra verð fyrir hráefni (hrámjólk) heldur en tengdir. Þar fyrir utan var MS spurt að því hvort tengdir aðilar þyrftu vegna kaupa á hrámjólk af MS að bera einhvern annan kostnað sem væri innifalinn í verðinu til ótengdra aðila. Með öðrum orðum hvort mismunandi kostnaður gæti réttlætt mismunandi verð til umræddra fyrirtækja. Í svari MS kemur fram að svo sé ekki, sbr. bréf fyrirtækisins frá 13. febrúar 2013.

Þá eru MS, KS og Mjólka (I og II) og Mjólkurbúið ekki mjólkurbændur skv. búvörulögum og verðlagsnefnd ákvað ekki heilðsöluverð á hrámjólk til afurðastöðva á rannsóknartímabili málsins. Þessi verðlagning verðlagsnefndar búvöru á því ekki við í málinu, sbr. og umfjöllun í kafla II hér að framan. Ólíkt því sem MS staðhæfði í upphafi liggur fyrir að verðlagsnefnd búvöru ákvað ekki heilðsöluverð 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 Mjólku I og Mjólkurbúinu með vísan til þess að það verð sé ákveðið af verðlagsnefnd búvöru. Sökum þessa hafa umrædd réttlætningarsjónarmið MS byggst á röngum forsendum.

Eins og framfar 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 dreifingar 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 Mjólku I hrámjólk til vinnslu mjólkurafurða á verði þar sem þegar var búið að taka mið af kostnaði vegna vinnslu og dreifingar afurðanna.

---

*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 heilðsölu (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./Mjólkursamsölnnar 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.“*



Verður hér einnig að líta til þess að Mjólka 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 Mjólku I) leiðir þannig af sér að fyrirtækið var að vissu marki knúið til að greiða tvisvar fyrir sömu kostnaðarliðina.

MS hefur mótmælt framangreindu 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 mjólkursöfnunarþreifa hafi hins vegar reynst hærri 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 eingöngu að koma niður á verðlagningu á hrámjólk til keppinanta MS (og tengdra aðila) þannig að þeim sé mismunað í verði. Slíkt er ekki í samræmi við þær skyldur sem hvíla á MS samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga. 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 Mjólka I og Mjólkurbúið þurftu að uppfylla skyldur sínar um heilbrigði mjólkurinnar og gæðamat og standa undir eigin vinnslukostnaði sem afurðastöðvar við framleiðslu mjólkurafurða með sama hætti og MS, KS og Mjólka II.

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 kostnaðarmeiri en ef um hefðbundna dreifingu væri að ræða. Sú röksemd á ekki við þegar haft er í huga að dreifing á sambærilegri hrámjólk til Mjólku II er með sama hætti og til Mjólkurbúsins. Ber að áréttta að afurðarstöðvar Mjólkurbúsins og Mjólku II voru við sömu götu í Hafnarfirði á þeim tíma. Ekkert hefur komið fram í málinu sem sýnir fram á að aukinn dreifingarkostnaður hafi réttlætt herra verð til Mjólku I.

MS telur einnig að þó að kostnaður vegna viðskipta sé sá sami þá sé ekki talið að sú staðreynd ein og sér leiði til þess að viðskiptin séu sambærileg og verð skuli vera það sama. Það sé staðfest í ákvörðunum framkvæmdastjórnar ESB í máli nr. COMP/36568, *Scandlines gegn Höfninni í Helsingborg* og í máli nr. COMP 36570, *Sundbusserne gegn Höfninni í Helsingborg*. MS tekur fram að „í þessu máli“<sup>239</sup> hafi kvartandi haldið því fram að tvenns konar viðskipti væru sambærileg þar sem kostnaður við að veita tvenns konar áþekka þjónustu væri sá sami en framkvæmdastjórnin ekki fallist á þetta.

Samkeppniseftirlitið bendir á að MS hefur misskilið framangreinda ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar. Fyrirtækið Scandlines hélt því fram að Helsingborgarhöfn hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína með ólíkum kjörum (hafnargjöld) sem giltu annars

---

<sup>239</sup> Samkeppniseftirlitið bendir á að málin eru tvö. Ákvörðunin í máli nr. COMP/36568 varðar ætlaða verðmismunun en það gerir sú síðari ekki. Verður að ætla að tilvísun MS sé til fyrrnefnda málsins.



vegar gagnvart fyrirtækjum sem stunduðu ferjusiglingar og hins vegar gagnvart fyrirtækjum sem stunduðu sjóflutninga á vörum. Framkvæmdastjórnin féllst ekki á þetta þar sem viðskiptin voru ekki sambærileg.<sup>240</sup>

Í þessu máli eru viðskiptin hins vegar sambærileg og mismunandi kostnaður getur ekki réttlætt hið hærra verð sem Mjólka I og Mjólkurbúið þurftu að greiða. Fyrir það fyrsta er ekki að sjá að sala MS á hrámjólk til Mjólku I, og Mjólkurbúsins annars vegar og Mjólku II hins vegar hafi falið í sér ólíkan kostnað þar sem þessi félög keyptu hrámjólk af MS sem afgreidd var til þeirra í sömu götu í Hafnarfirði. Annað er upp á teningnum varðandi viðskipti MS við KS þar sem flutningur MS á mjólk til Skagafjarðar hefur haft meiri flutningskostnað í för með sér fyrir MS ef eitthvað er og hefði því væntanlega réttlætt hærra verð. Hins vegar má sjá að sala MS á hrámjólk til Mjólku II og KS á lágmarksverði til bænda hefur verið undir kostnaði, sbr. töflu 22 og það sem framfar segir.

MS heldur því einnig fram að sala á hrámjólk til Mjólku I og Mjólkurbúsins hafi verið óregluleg og óveruleg í samanburði við viðskipti MS við KS og Mjólku II sem réttlæti mismun í verði. Tekur MS dæmi um leikhús sem selji 80% leikhúsmiða á 1.000 kr. hvern miða en þess í stað selji 70% miðanna á 1.100 kr. og 30% miðanna á 500 kr. til t.d. námsmanna og eldri borgara. Sú verðaðgreining valdi því að fleiri miðar séu seldir en ella og tekjur verði meiri. Þessi verðaðgreining verði til þess að réttlæta að hafa verð lægra til þeirra hópa sem hafi úr minni fjármunum að ráða heldur en þeirra efnameiri sem eru minna viðkvæmir fyrir verðhækkun. Þessa verðstefnu telji MS að megi heimfæra á Mjólku I/Mjólkurbúið og KS/Mjólku II. Fyrrgreindu tvö fyrirtækin framleiði framlegðarháar vörur en síðarnefndu fyrirtækin framleiði framlegðarlágar vörur. Til stuðnings framangreindu vísar MS annars vegar til dóms hæstaréttar Þýskalands í svokölluðu *Horserace transmission* máli<sup>241</sup> og hins vegar til dóms áfrýjunardómstóls Bretlands í svokölluðu *British Horseracing Boards* máli<sup>242</sup>. Segir MS að í báðum þessum málum hafi verið talið að ekki hafi verið um að ræða verðmismunun þrátt fyrir ólíka verðlagningu á sambærilegri þjónustu til tveggja viðskiptavina.

Samkeppniseftirlitið hafnar framangreindum rökum MS að mismuna hafi mátt Mjólku I og Mjólkurbúinu í verði á hrámjólk sökum þess að viðskipti til þeirra félaga hafi verið óreglulegri eða óverulegri en viðskipti við Mjólku II og KS. Fyrir það fyrsta má sjá í töflu 9 að Mjólka I keypti álíka mikið af hrámjólk af MS og KS gerði á tímabilinu 2008-2009. Í öðru lagi getur MS ekki vísað til sjónarmiða um óveruleg eða óregluleg viðskipti þegar höfð er í huga sú verðmismunun sem Mjólka I og Mjólkurbúið stóðu frammi fyrir við kaup á þessu mikilvæga hráefni. Það hafði augljóslega áhrif á getu þeirra félaga til þess að vaxa og keppa á markaði og þar af leiðandi áhrif á innkaup þeirra á hrámjólk af MS.

MS getur heldur ekki miðað tengda aðila, KS og Mjólku II, við námsmenn eða öryrkja í samanburði við ótengda keppinauta Mjólku I og Mjólkurbúið. Því síður getur MS réttlætt verðlagningu sína út frá framangreindri verðaðgreiningu sem hafði verið hugsuð til hagsbóta fyrir veikburða aðila. Þess í stað beitti MS hina smáu ótengdu og veikburða

<sup>240</sup> Sjá mgr. 251-253 í ákvörðuninni. Þar er m.a. bent á að kostnaður við þjóna ólíkar tegundir af skipum sé mismunandi. Mismunandi búnaður sé notaður til þjónusta þessar ólíku tegundir skipa o.s.frv.

<sup>241</sup> Mál KZR 14/02&13/02, *Horserace transmission* (Galopprennübertragung), BGH dómur, dags. 10. febrúar 2004, WuW/e DE-R 1251.

<sup>242</sup> Mál *Attheraces v British Horseracing Board* [2007] EWCA Civ 38.





keppinauta verðmismunun sem er öfugt við þá verðaðgreiningu sem MS vísar til hér að framan. Þess í stað ívilnaði MS, sem markaðsráðandi aðili á viðkomandi markaði málsins, tengdum aðilum í verði á mikilvægu hráefni en krafðist þess í stað mun hærra verðs á sama hráefni af veikburða keppinautum. Það er auk þess rangt sem MS heldur fram að KS og Mjólka II framleiði almennt framlegðarlágar mjólkurafurðir sem líkja megi við framangreindan samanburð. Eins og framfar er rakið leiddi samkomulagið frá júlí 2008 til þess að KS framleiddi hlutfallslega meira af framlegðarháum mjólkurvörum samanborið við MS enda var framlegð KS mun meiri en MS eftir að hin eiginlega verkaskipting tók gildi 2010, sbr. töflur 1 og 14 hér að framan. Þar að auki var Mjólka II óháð framangreindu verkaskiptasamkomulagi og valdi að framleiða þær mjólkurvörur sem hentaði félaginu hverju sinni út frá mögulegri framlegð.

MS segir að í hinu framangreinda þýska máli hafi viðkomandi þjónusta sem veitt var til tveggja aðila verið sambærileg. Þrátt fyrir það hafi ekki verið talið að um misnotkun væri að ræða þó að annar aðilinn greiddi lægra verð því hann var nýr á markaði og hið markaðsráðandi fyrirtæki vildi styðja við þá starfsemi honum til hagsbóta. Samkeppniseftirlitið bendir hér á niðurstaða þessa máls ræðst ekki af því einu að MS hafi krafið viðskiptavinum sína um mismunandi verð fyrir sömu vöru heldur ekki síst af því að engin málefnaleg sjónarmið hafa komið fram sem geta réttlætt þau ólíku kjör. Kjör MS til KS og Mjólku II voru þannig ekki réttlætjanleg með vísan til verndar nýrra eða smærri keppinauta, heldur þveröfugt. Annað var lagt til grundvallar í hinu þýska máli.

MS segir að í hinu breska máli hafi legið fyrir að hinn markaðsráðandi aðili, þ.e. British Horseracing Board (BHB), hafi veitt aðilum aðgang að nákvæmum upplýsingum um keppnishesta og knapa í sérhverju veðhlaupi til nota í útsendingum tengdum veðreiðum. Tekur MS fram að í því máli hafi verið þjónustunnar verið mismunandi eftir því hverjir viðskiptavinirnir voru. MS tekur fram að breski dómstóllinn hafi komist að niðurstöðu um að það væri ekki misnotkun að verðið hafi verið mismunandi og bent í niðurstöðu sinni á eftirfarandi: *„...mere fact that BHB has negotiated different deals with two customers, each in the absence of the other, cannot by itself render the difference objectionable.“*

Hvað varðar hið breska mál áréttar Samkeppniseftirlitið að niðurstaða þessa máls ræðst ekki af því einu að MS hafi krafið viðskiptavinum sína um mismunandi verð fyrir sömu vöru. Hið breska mál var einkamál og var höfðað eftir að viðskiptavinur (Attheraces) og BHP náðu ekki samkomulagi um verð vegna aðgangs að umræddum upplýsingum. Í dómi sínum tók áfrýjunardómstóllinn fram að verðmismunun markaðsráðandi fyrirtæki geti raskað samkeppni en í málinu lægi ekki fyrir að kjör BHP kæmu í veg fyrir að Attheraces gæti keppt og sú staðreynd að BHB hafi samið við tvo aðila í sitthvoru lagi um mismunandi kjör um aðgang að tilteknum gagnagrunni geti ekki eins og sér leitt til brots. Ekki var um ræða að BHP væri að hygla eigin starfsemi eða starfsemi tengdra aðila á neðra sölustigi. Í þessu máli er sýnt fram á að MS mismunaði smáum keppinautum í verðlagningu á mikilvægu hráefni til vinnslu mjólkurafurða og að sú aðgerð var til þess fallin að raska samkeppni með alvarlegum hætti, sbr. umfjöllun hér á eftir.

### 3.2 Veiking á samkeppnisstöðu

Samkvæmt framansögðu verður að leggja það til grundvallar í þessari ákvörðun að viðskiptavinum hafi verið mismunað með „*ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum*“ í skilningi c. liðar 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga.



Í umræddu ákvæði samkeppnislaga er einnig vísað til þess að mismunun leiði til þess að samkeppnisstaða viðkomandi viðskiptaaðila sé veikt. Fyrir Samkeppniseftirlitinu í hinu eldra máli og fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála setti MS fram ýmis sjónarmið um hvernig beri að túlka þennan þátt bannsins við verðmismunun. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þau sjónarmið MS og vísast til umfjöllunar eftirlitsins um þau í ákvörðun nr. 26/2014 og fyrir áfrýjunarnefnd.

Hvað sem framangreindu líður telur Samkeppniseftirlitið ljóst að ef viðskiptavinir markaðsráðandi fyrirtækis eru keppinautar sé sala á sama mikilvæga hráefni til þeirra á mismunandi verði ljóslega til þess fallin að raska samkeppnisstöðu þess viðskiptavinar sem þarf að greiða hærra verð og þar með brot ef málefnaleg sjónarmið réttlæta ekki mismunandi 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. mgr. 143-145 í dómi dómstóls ESB frá 15. mars 2007 í máli nr. C-95/04, *British Airways gegn framkvæmdastjórninni*.<sup>243</sup>

Skýrt dæmi um slíka ólögmæta mismunun er þegar markaðsráðandi fyrirtæki selur tengdu fyrirtæki (og/eða eigin framleiðsludeild) hráefni á lægra verði heldur en keppinauti hins tengda fyrirtækis býðst. Sú staða er uppi í þessu máli:

- MS er markaðsráðandi í heildsölu á mjög mikilvægu hráefni.
- MS notar einnig þetta sama hráefni til að framleiða vörur í samkeppni við þá sem kaupa af fyrirtækinu hráefnið (Mjólka I og Mjólkurbúið).
- Til viðbótar er MS í afar nánu samstarfi við aðra kaupendur að hráefninu og hefur hag af starfsemi þeirra (KS og Mjólka II). Síðarnefndu viðskiptavinirnir eru (ásamt MS) einnig keppinautar hinna fyrrnefndu.
- MS er þannig lóðrétt samþætt fyrirtæki (e. *vertically integrated*) sem hefur beina hagsmuni af þeirri atvinnustarfsemi sem þeir stunda sem kaupa af fyrirtækinu hið mikilvæga hráefni.
- Keppinautarnir þurfa að greiða umtalsvert hærra verð fyrir hráefnið heldur en MS og tengd fyrirtæki.

Hafa fræðimenn bent á að verðmismunun markaðsráðandi fyrirtækis í þessari aðstöðu sé líkleg til þess að fela í sér brot.<sup>244</sup> Aðalatriðið hér er að skýrt er í samkeppnisrétti að verðmismun af þeim toga sem mál þetta tekur til er jafnan ólögmætt.

---

<sup>243</sup> Í dómnum segir: „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 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.*”

<sup>244</sup> 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*



Í þessu samhengi ber einnig að hafa í huga afar sterka stöðu MS. Í máli áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 8/2006 var fjallað um brot forvera MS, Osta- og smjöröslunnar á c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Í málinu hélt Osta- og smjöröslan 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 gríðarlega sterkrar stöðu Osta- og smjöröslunnar á markaði og benti m.a. á „að jafnvel tiltölulega lítilvæg röskun komi því fremur til álita sem aðstæður nálgast meir einokun.“ Er MS, ef eitthvað er, í sterkari stöðu en Osta- og smjöröslan var á þessum tíma. Þá er rétt að benda á að í framkvæmd hefur ekki verið litið svo á að viðskiptaaðilar hins markaðsráðandi fyrirtækis þurfi að vera beinir keppinautar (e. *direct relationship of competition*).<sup>245</sup>

Í hinu eldra máli beindist gagnrýni MS ekki síst að því að Samkeppniseftirlitið hafi ekki skilgreint þann markað eða markaði sem þeir sem kaupi af fyrirtækinu hrámjólk starfi á. Öðruvísi sé ekki unnt að leggja til grundvallar að þeir séu keppinautar og að verðmismunun MS hafi veikt samkeppnisstöðu viðskiptavinanna í skilningi c. liðar 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Þá heldur MS því fram að Mjólkurbúið og Mjólka II séu ekki keppinautar þar sem Mjólkurbúið noti ekki hrámjólk sem keypt sé af MS til að framleiða vörur sem einnig séu framleiddar af Mjólku II eða geti talist staðgönguvörur við þær. Hefur MS bent á dæmi þessu til stuðnings.

### 3.2.1 Keppinautar á innkaupahliðinni

Vegna þessara sjónarmiða MS ber að áréttta hið augljósa en um leið mikilvæga atriði í málinu að Mjólka I og II, KS, MS og Mjólkurbúið eru allt fyrirtæki sem framleiða og selja mjólkurafurðir. Til þess að geta selt mjólkurafurðir þarf fyrst að kaupa mikilvægasta hráefnið (hrámjólk) og síðan að vinna það og umbreyta í tilteknar mjólkurafurðir. Eins og KS hefur bent á geta afurðastöðvar sem kaupa hrámjólk framleitt hvaða mjólkurafurðir sem er „með því einu að kaupa rétta tækjabúnaðinn“. Fyrirtæki sem kaupa hrámjólk til framleiðslu á mjólkurvörum eru því annaðhvort raunverulegir eða mögulegir keppinautar í

---

*as against that customer's competitors is likely to be an abuse, particularly if the advantaged customer is vertically integrated with the dominant supplier."*

O'Donoghue & Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, önnur útgáfa 2013, bls. 803 og 805. „... the dominant firm's associated downstream company is treated better than similarly-situated rivals. Such conduct may itself constitute a form of exclusionary abuse. ...“

#### **Well established abuse in the decisional practice and case law.**

*Discrimination by dominant firm against its downstream rivals has featured in a number of cases under Article 102 TFEU. "*

Damien Geradin & Nicolas Petit, *Price Discrimination under EC Competition Law: The Need for a case-by-case Approach*, Global Competition Law Center Working Paper 07/05 (2005), bls. 35: „...vertically-integrated firms have strong incentives to price discriminate in favour of their downstream subsidiaries as such discrimination results in a competitive disadvantage for their subsidiaries' rivals. In addition to the incentive to capture the efficiencies stemming from vertical integration, such firms may also strategically use their control of an essential input to prevent entry or induce the exit of downstream rivals. A monopolist in an input market has a strong incentive to increase the costs of the rivals to its downstream subsidiary as this "softens" downstream competition and increases its profits.“

<sup>245</sup> Sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2006, dóm dómstóls ESB 17. maí 1994 í máli nr. C-18/93, *Corsica Ferries v Corpo dei piloti del porto di Genova* [1994] ECR I-01783, mgr. 45 og dóm dómstóls ESB 24. október 2002 í máli nr. C-82/01, *Aéroports de Paris v Commission* [2002] ECR I-09297, mgr. 116.



sölu á mjólkurvörum. Banninu við misnotkun á markaðsráðandi stöðu er ætlað að vernda bæði raunverulega og mögulega samkeppni.<sup>246</sup>

Í þessu samhengi ber að áréttta að þegar um framleiðslu á mjólkurafurðum er að ræða er ekki staðganga á milli hrámjólkur og annarra hráefna. Mjólkurbúið eða Mjólka I gat því ekki hætt að eiga viðskipti við MS vegna óánægju með kjör og snúið sér til seljanda á öðru hráefni. Þessi staðreynd dregur það fram með skýrum hætti að ef framleiðandi eins og Mjólkurbúið þarf að greiða umtalsvert hærra verð fyrir grundvallar hráefni en keppinautar framleiðandans veikir það samkeppnisstöðu hans. Hin skerta samkeppnisstaða getur m.a. leitt til þess að framleiðandi ákveði að framleiða ekki tiltekna mjólkurafurðir vegna þess að mögulegur hagnaður af framleiðslunni yrði enginn eða lítill.

Á þessari innkaupa- og vinnsluhlið mjólkurmarkaðarins eru öll framangreind fyrirtæki augljósir keppinautar, sbr. einnig umfjöllun í kafla III 1.4 hér að framan. Umræddir viðskiptaaðilar MS í skilningi c. liðar 11. gr. samkeppnislaga, þ.e. Mjólkurbúið og áður Mjólka I annars vegar og KS og Mjólka II hins vegar eru þannig keppinautar um öflun á hrámjólk frá MS fyrir framleiðslu á vörum sínum. Þær vorur sem umrædd fyrirtæki framleiða geta þó vitaskuld verið mismunandi en eiga það þó allar sammerkt að hrámjólk er nauðsynlegt aðfang sem grunnhráefni fyrir framleiðsluna og ekki er um staðgönguvörur að ræða sem þessir viðskiptavinir geta aflað. Samkeppnisstaða þeirra var því óhjákvæmilega veikt með verulega mismunandi verðlagningu á grundvallarhráefni.

### 3.2.2 Keppinautar á söluhliðinni

Mjólka I og II, KS, MS og Mjólkurbúið eru einnig keppinautar á söluhliðinni. Liggur þannig fyrir í málinu að þau hafa að hluta til selt samskonar mjólkurafurðir til stórnotenda og endurseljenda. Þessum vörum annars vegar Mjólku I og Mjólkurbúsins og hins vegar MS og tengdra fyrirtækja var m.a. stillt upp hlið við hlið í samkeppni um hylli neytenda í kælum matvöruverslana á rannsóknartímabilinu.

Þessu til frekari stuðnings vísast hér til kafla II 7.1 hér að framan. Þar er gerð grein fyrir mjólkurvörum sem umrædd fyrirtæki framleiddu á rannsóknartímabilinu. Tafla 9 í þeim kafla sýnir þær framleiðsluvörur Mjólku I og Mjólkurbúsins sem kepptu við framleiðsluvörur MS, KS og Mjólku II á því tímabili sem mál þetta nær til. Einnig vísast hér til umfjöllunar í kafla III 1.4 og kafla IV 3.2 hér að framan. Þar sýna m.a. skýr samtímagögn að mjólkurvörur hinna ótengdu aðila voru í beinni samkeppni við m.a. vörur MS. Umfjöllun MS um mikla samkeppni við Mjólku I í sölu á rifnum ostum er hér sérstaklega lýsandi. Sama gildir um fetaost og sýrðan rjóma. Þá hefur MS í bréfum til Samkeppniseftirlitsins gert grein fyrir því að eiga í samkeppni við bæði Mjólku I og Mjólkurbúið að þessu leyti, sbr. bréf frá 9. apríl 2009 og 13. febrúar 2013. Einnig var gerð grein fyrir samkeppni af þessum toga í tilkynningu KS til Samkeppniseftirlitsins á samruna við Mjólku I á árinu 2009. Hið sama gildir um ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í því máli, sbr. ákvörðun nr. 40/2009. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 17/2010 var einnig lagt til grundvallar að MS og Mjólka I væru keppinautar í sölu á mjólkurafurðum.

---

<sup>246</sup> Sjá t.d. Jones & Sufrin, EU Competition Law, fimmta útgáfa 2014, bls. 270: Í umfjöllun um 102. gr. TFEU segir: „... it is clear from the case law that the provision also covers anti-competitive conduct by which a dominant undertaking excludes actual or potential competitors from the market.”



Varðandi sjónarmið MS um að Mjólkurbúið hafi ekki verið keppinautur Mjólku II bendir Samkeppniseftirlitið á að bæði Mjólkurbúið og Mjólka II hafa framleitt og/eða selt undir sínum nöfnum sýrðan rjóma, rifost og fetaost þar sem hrámjólk frá MS var notuð til framleiðslunnar. Til viðbótar blasir við að með hliðsjón af samstarfi MS, KS og Mjólku II var Mjólkurbúið í samkeppni við öll þrjú tengd félög um sölu mjólkurafurða og hefur því samanburður MS á framleiðsluvörum Mjólku II og Mjólkurbúsins takmarkaða þýðingu í þessu máli.

Hvað sem þessu líður liggur það í hlutarins eðli að samkeppnisstaða Mjólkurbúsins (og áður Mjólku I) var veikt með því að fyrirtækin voru krafín um hærra verð á hrámjólk en m.a. Mjólka II þurfti að greiða. Það ræður ekki úrslitum í þessu sambandi þó þessi fyrirtæki hafi ekki alltaf framleitt nákvæmlega sömu vörur úr hrámjólk. Samkeppnisstaða Mjólkurbúsins og Mjólku I var veikt með því einu að þessi fyrirtæki þurftu að greiða hærra innkaupsverð fyrir hrámjólk en keppinautarnir með þeim afleiðingum að það hefur verið erfiðara fyrir þau fyrrnefndu bæði að framleiða vörur sínar og ekki síður takmarkað möguleika þeirra til að hefja framleiðslu á nýjum vörum. Eru þessi áhrif, í raun, staðfest í tilkynningu MS frá 16. september 2015 þar sem lýst er jákvæðum áhrifum þess að leggja af framangreinda mismunun í heildsölu í hrámjólk.<sup>247</sup> Þá má auk þess benda á að umboðslaun MS og KS vegna innbyrðis sölu á framleiðsluvörum hvors annars sameinar markaðslegan ávinning þeirra beggja gagnvart afurðum frá smærri keppinautum á markaði, sbr. m.a. kafla IV. 3.7 hér að framan.

### 3.2.3 Nánar um sjónarmið MS

Í sjónarmiðum sínum frá 12. janúar 2016 segir MS að Samkeppniseftirlitið hafi beitt „verulegri einföldun við rökstuðning um að háttsemi MS hafi verið til þess fallin að veikja samkeppnisstöðu MS.“ Þessu til stuðnings vísar MS til framangreinds dóms dómstóls ESB í British Airways málinu og segir að í honum hafi íhlutun framkvæmdastjórnar ESB verið talin „réttlætanager þar sem (a) mismununin í umbunarkerfi fyrirtækisins hafði veruleg áhrif á tekjur ferðaskrifstofa (b) að ferðaskrifstofur ættu í harðri samkeppni sín á milli, (c) að möguleikar þeirra til að keppa byggðu að verulegu leyti á fjármunum sem frá fyrirtækinu komu og (d) af því leiddi að umbunarkerfi British Airways væri til þess fallið að hafa mismununaráhrif í skilningi 102 gr. TFEU. Engin þessara forsendna dómstólsins í British Airways málinu eru til staðar að því er háttsemi MS varðar og meinta veikingu á samkeppnisstöðu Mjólku I og Mjólkurbúsins.“ Í hinu eldra máli vísaði MS einnig til þessa dóms til stuðnings því að Samkeppniseftirlitið hafi ekki sýnt fram á veikingu á samkeppnisstöðu í skilningi samkeppnisréttarins, m.a. með því að skilgreina ekki þann markað sem kaupendur MS á hrámjólk starfa á.

Þessu tengt segir MS í sjónarmiðum sínum frá 12. janúar 2016 að ekki hafi verið um að ræða „harða samkeppni á milli MS og Mjólku I/Mjólkurbúsins eða KS/Mjólku II og Mjólku I/Mjólkurbúsins ...“. Gengur MS lengra og staðhæfir til viðbótar að engin gögn sanni það að umrædd fyrirtæki hafi verið keppinautar í sölu á mjólkurafurðum. MS tekur einnig fram að mismunur í verðlagningu á hrámjólk hafi ekki leitt „til þess að möguleikar Mjólku I eða Mjólkurbúsins til þess að keppa væru takmarkaðir.“

<sup>247</sup> Fram kemur í henni það mat að sala á hrámjólk til ótengdra keppinauta á sama verði og gildi gagnvart m.a. KS auðveldi eða geri þeim kleift að vaxa og dafna á markaði og „spreyta sig á því að þróa nýjar og áhugaverðar vörur sem unnar eru úr mjólki.“



Samkeppniseftirlitið bendir fyrst á að umrætt mál varðar ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 14. júlí 1999. Í henni var British Airways talið vera markaðsráðandi á markaðnum fyrir kaup á þjónustu af ferðaskrifstofum og hefði misnotað þá stöðu með mismunandi bónusgreiðslum til ferðaskrifstofa. Markaðurinn sem ferðaskrifstofur störfuðu á og kepptu sín á milli var ekki skilgreindur sérstaklega.<sup>248</sup> Staðhæfingar MS um annað eru ekki réttar. Umfjöllunin í ákvörðuninni um að verðmismununin hafi verið til þess fallin að raska samkeppni milli ferðaskrifstofa er knöpp.<sup>249</sup>

Fyrir dómstólum ESB hélt British Airways því fram að þessi umfjöllun framkvæmdastjórnar ESB hefði verið ófullnægjandi. Undirréttur ESB staðfesti hins vegar ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar.<sup>250</sup> Var dómi undirréttarins skotið til dómstóls ESB.

Í álit Kokott aðalögusögumans, í málinu fyrir dómstóli ESB, kemur fram að British Airways telji að undirrétturinn hafi ranglega einfaldlega gefið sér að veiking samkeppnisstöðu hafi leitt af þessari verðmismunun.<sup>251</sup> Framkvæmdastjórnin hafi hins vegar bent á að lögum samkvæmt væri ekki skylt að framkvæma nákvæma greiningu á veikingu á samkeppnisstöðu.<sup>252</sup> Kokott benti á að rökstuðningur undirréttarins um veikingu á samkeppnisstöðu væri mjög knappur („*extraordinarily scanty*“) en hins vegar væru eldri úrlausnir dómstóls ESB um þetta atriði einnig knappar. Taldi aðalögusögumaðurinn því að undirrétturinn hefði ekki beitt rangri lagatúlkun.<sup>253</sup> Dómstóll ESB fylgdi álit Kokott og staðfesti dóm undirréttarins.

Í dómi dómstólsins í mgr. 144-145 kemur fram að mismunun sem er til þess að falla raska samkeppni felur í sér brot en ekki þurfi til viðbótar að sýna fram á raunverulega veikingu á samkeppnisstöðu hvers viðskiptaáðila fyrir sig. Í mgr. 146-149 kemur fram að undirrétturinn hefði talið að umræddar ferðaskrifstofur ættu í harðri í samkeppni sín á milli

---

<sup>248</sup> Sjá mgr. 71-79 í ákvörðuninni.

<sup>249</sup> Þá umfjöllun er að finna í mgr. 111 og er svohljóðandi: „*The effect of these discriminatory commissions will be to place certain travel agents at a competitive disadvantage relative to each other. Travel agents must compete with each other to provide agency services to the public and to persuade members of the public to book air tickets through them. The resources available to the travel agents to do this by, for example, promoting their services to the public or by splitting commission with travellers, come from their commission income. By distorting the level of commission income earned by travel agents these schemes will affect the ability of travel agents to compete with each other.*“

<sup>250</sup> Dómur undirréttar ESB frá 17. desember 2003 í máli nr. T-219/99. Fjallað er um veikingu á samkeppnisstöðu í mgr. 233-240 í dómnum.

<sup>251</sup> Álit Kokott aðalögusögumans við dómstól ESB frá 23 febrúar 2006 í máli nr. C-95/04, mgr. 106: „*It argues in addition that, instead of applying the express wording of subparagraph (c) of the second paragraph of Article 82 EC, the Court of First Instance simply assumed a competitive disadvantage between the travel agents as 'natural'. The contested judgment contained no further examination of that competitive disadvantage.*“

<sup>252</sup> Mgr. 107: „*The Commission further argues that a detailed analysis of the competitive disadvantage for the travel agents affected was not legally necessary.*“

<sup>253</sup> Sjá mgr. 126 og 130 í álitinu.



og réttilega komist að þeirri niðurstöðu að mismunun í bónusgreiðslunum hefði áhrif á möguleika þeirra til þess að keppa.<sup>254</sup> Var dómur undirréttarins því staðfestur.<sup>255</sup>

Umfjöllun MS um samkeppni við Mjólku I og Mjólkurbúið er mótsagnakennd og ósannfærandi. Eins og fram hefur komið hefur MS í samtímagögnum og í bréfum til Samkeppniseftirlitsins tekið fram að umrædd fyrirtæki séu keppinautar sínir. MS hefur sagst vera í „beinni samkeppni“ við Mjólku I og sú samkeppni hafi verið „mikið“. Samkeppnin við Mjólku I hafi að mati MS jafnvel verið svo hörð að hún sýni að MS sé ekki markaðsráðandi. Vísast um þetta til kafla III 1.4, IV. 3.2 og V. 3.2.2 hér að framan. Í umfjöllun um veikingu á samkeppnisstöðu skv. 11. gr. samkeppnislaga heldur MS hinu þveröfuga fram. Ekki er unnt að fallast á það enda í ósamræmi við gögn málsins.

Til viðbótar varðaði mismununin grundvallarhráefni í mjólkuriðnaði og var verulegur munur á þeim kjörum sem tengdum og ótengdum aðilum bauðst. Þá var mismununni beitt af fyrirtæki sem var í einstakri yfirburðastöðu á viðkomandi markaði.

Með vísan til alls framangreinds getur að mati Samkeppniseftirlitsins ekki leikið vafi á því að verðmismunun MS var til þess fallin að raska samkeppni skilningi túlkunar dómstóls ESB á sambærilegu ákvæði EES/ESB-réttar.

### 3.3 Hlutlægar réttlætningarástæður o.fl.

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 hlutlægar réttlætningarástæður hvílir á viðkomandi markaðsráðandi fyrirtæki.<sup>256</sup>

Hér að framan var komist að þeirri niðurstöðu að kostnaðarleg sjónarmið réttlæti ekki mismunandi verð MS á hrámjólk til annars vegar tengdra og hins vegar ótengdra aðila.

---

<sup>254</sup> Þessar mgr. í dómnum hljóða sv: „146 In paragraphs 237 and 238 of the judgment under appeal, the Court of First Instance found that travel agents in the United Kingdom compete intensely with each other, and that that ability to compete depended on two factors, namely 'their ability to provide seats on flights suited to travellers' wishes, at a reasonable cost' and, secondly, their individual financial resources.

147 Moreover, in the part of the judgment under appeal relating to the examination of the fidelity-building effect of the bonus schemes at issue, the Court of First Instance found that the latter could lead to exponential changes in the revenue of travel agents.

148 Given that factual situation, the Court of First Instance could, in the context of its examination of the bonus schemes at issue having regard to subparagraph (c) of the second paragraph of Article 82 EC, move directly, without any detailed intermediate stage, to the conclusion that the possibilities for those agents to compete with each other had been affected by the discriminatory conditions for remuneration implemented by BA.

149 The Court of First Instance cannot therefore be accused of an error of law in not verifying, or in verifying only briefly, whether and to what extent those conditions had affected the competitive position of BA's commercial partners. The Court of First Instance was therefore entitled to take the view that the bonus schemes at issue gave rise to a discriminatory effect for the purposes of subparagraph (c) of the second paragraph of Article 82 EC. The second part of the fifth plea is therefore unfounded."

<sup>255</sup> Fræðimenn hafa bent á að í þessu máli hafi dómstóll ESB talið að mjög lítið þurfi til að koma þannig að skilyrðið um veikingu á samkeppnisstöðu sé uppfyllt. Sjá Faull & Nikpay, The EU Law of Competition, þriðja útgáfa 2014, bls. 534. Í umfjöllun um dóminn segir m.a.: „... it appears to endorse a very low threshold for a finding of „competitive disadvantage““.

<sup>256</sup> Sjá dóm undirréttar ESB í máli nr. T-201/04, Microsoft gegn framkvæmdastjórninni [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.“



MS hefur haldið því fram að viðskiptakjör fyrirtækisins séu réttlæt看leg á grundvelli hlutlægra sjónarmiða. Kostnaður MS af því að selja hrámjólk utan samstæðunnar horfi öðruvísi við en við miðlun hennar innan samstæðunnar. Tekið er fram að þegar MS eigi viðskipti á heiltsölustigi 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. búvörulaga um 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.

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. Því getur mismunun á verði hrámjólkur ekki átt stoð í 71. gr. búvörulaga. Umrætt samstarf MS og tengdra aðila hefst eftir að viðskiptin með hrámjólk hafa átt sér stað. Samkeppniseftirlitið getur því ekki tekið undir með MS að hlutlægar réttlæt看ingarástæður séu fyrir þeirri mismunun sem félagið beitti Mjólkku I og síðar Mjólkurbúið í þessu máli.

MS hefur einnig haldið því fram að Mjólkurbúið og áður Mjólka I myndu njóta stöðu svokallaðs „free rider“ ef þessi félög hefðu notið lágs heiltsöluverðs sem þau hefðu ekkert tilkall átt til.

Samkeppniseftirlitið bendir á að með hugtakinu „free rider“ í hagfræðilegum skilningi er átt við aðila sem nýtur ávinnings af samstarfi en ber engan sameiginlegan kostnað eða fyrirhöfn. Framangreind umfjöllun sýnir ótvírætt að þetta átti ekki við um Mjólkurbúið og Mjólkku I. Þessi fyrirtæki greiddu mun hærra verð til áfrýjanda fyrir hrámjólk en tengdu félögin KS og Mjólka II gerðu. Auk þess stóðu fyrirtækini að fullu undir öllum öðrum kostnaði við framleiðslu sinna afurða. Hefur MS reynt að réttlæta mismuninn með því að vísa m.a. til samkomulagsins frá júlí 2008 um framlegðarskipti milli hinna tengdu fyrirtækja. Við nánari skoðun kemur hins vegar í ljós að þegar var í gildi lögbundið fyrirkomulag sem þjónaði þessum tilgangi og framlegðarskipti fóru fram á grundvelli þess allt rannsóknartímabilið. Sýnir þetta að sú samlíking MS að Mjólkurbúið og áður Mjólka I yrðu í stöðu „free rider“ ef þau hefðu notið sanngjarns heiltsöluverðs fær ekki staðist.

MS hefur einnig mótmælt því að verðstefna fyrirtækisins hafi getað haft áhrif á hvaða vörur Mjólka I og Mjólkurbúið gátu framleitt. Að mati Samkeppniseftirlitsins er ljóst að verðmismununin var til þess fallin að hafa áhrif á möguleika Mjólkurbúsins og áður Mjólkku I til að veita samkeppni á breiðum grundvelli í sölu á mjólkurvörum. Sem fyrr segir er hrámjólk grundvallarhráefni sem er uppistaða í framleiðslu afurðastöðva og er því verðið á hrámjólkinni stór hluti kostnaðar þeirra. Framangreind verðmismunun hefur því augljóslega haft áhrif á það hvaða mjólkurafurðir Mjólkurbúið hefur getað framleitt sem keppinautur MS og tengdra félaga á mjólkurmarkaði. Mjólkurbúið hefur þurft að velja framleiðslu á mjólkurafurðum sem gefa mestu framlegðina miðað við það verð á hrámjólk sem félagið hefur fengið keypta af MS. Hefur því verðlagning MS 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 notaði mjólkina til íblöndunar fyrir ýmsa mjólkurdrykki eins og t.d. Hámark og Kappa. 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 til Vífilfells. MS hefur þannig verðlagt hrámjólk til Mjólkurbúsins og áður Mjólk I út frá verðlagningu verðlagsnefndar búvara á gerilsneyddri mjólk í lausu máli en sem fyrr segir er það niðurstaða þeirrar nefndar að verð á ógerilsneyddri mjólk hefði átt að vera 10,5% lægra á hvern lítra en á gerilsneyddri mjólk.

#### 3.4 Niðurstaða

Í kafla III. 2.4 hér að framan var því lýst að MS hafi á rannsóknartímabilinu verið í stöðu sem heggur nærri einokun og í kafla V. 1 er lýst lagalegum afleiðingum slíkrar yfirburðastöðu.

Verðlagsnefnd búvara ákveður lágmarksverð sem greiða ber mjólkurbændum. Á það verð samkvæmt búvörulögum að tryggja að þeir bændur fái að lágmarki samskonar endurgjald fyrir sína vinnu og sambærilegar starfsstéttir njóta. MS, KS og Mjólka II eru ekki mjólkurbændur heldur afurðastöðvar í skilningi búvörulaga. Þrátt fyrir þetta seldi MS bæði KS og Mjólk II hrámjólk á verði sem miðast við lágmarksverð til bænda.

MS kaus að bjóða Mjólk I og Mjólkurbúinu upp á önnur kjör á hrámjólk. Var Mjólk I og Mjólkurbúinu seld 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 framleiðsluafurð en hrámjólk enda ólíkur kostnaðargrundvöllur þar að baki. Fyrir liggur að á rannsóknartímabilinu ákvað verðlagsnefnd búvara ekki heildsöluverð á hrámjólk til afurðastöðva. Þessi verðlagning MS var því alfarið á ábyrgð félagsins.

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 hrámjólk til annars vegar Mjólk I og Mjólkurbúsins og hins vegar tengdra fyrirtækja felur í sér samskonar viðskipti í skilningi c. liðar 2. mgr. 11. gr. Einnig liggur fyrir að viðskiptakjör Mjólk I og Mjólkurbúsins hafa verið ólík þeim sem hin tengdu fyrirtæki nutu. Sú verðmismunun sem Mjólka 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. Verðmunurinn var allt að 21% gagnvart eigin framleiðslu MS. 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. Þá telur Samkeppniseftirlitið að MS hafi ekki sett fram nein rök sem geti réttlætt þessa mismunun í verði.

Í c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga er vísað til þess að mismunun leiði til þess að samkeppnisstaða sé veikt. Ljóst er að séu viðskiptavinir markaðsráðandi fyrirtækis keppinautar er sala á sömu vöru til þeirra á mismunandi verði til þess fallin að raska samkeppnisstöðu þeirra viðskiptavina sem þurfa að greiða hærra verð fyrir vöruna en aðrir. Hið sama á við ef framleiðsludeild markaðsráðandi fyrirtækis fær hráefnið á lægra verði en keppinautar. Hér ber og að áréttu að í samkeppnisrétti er það talið skýrt dæmi um



ólögmæta mismunun þegar markaðsráðandi fyrirtæki selur tengdu fyrirtæki hráefni á lægra verði en keppinauti hins tengda fyrirtækis býðst.<sup>257</sup>

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 hér að framan. Í þeirri stöðu sem MS er í dugar „jafnvel tiltölulega lítilvæg röskun“ til þess að verðmismunun teljist ólögmæt, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2006.

Mjólka I og Mjólkurbúið annars vegar og MS, KS og Mjólka II hins vegar eru fyrirtæki sem kaupa hrámmjólk og framleiða úr henni margskonar mjólkurafurðir. Er hrámmjólk eitt mikilvægasta hráefni þessara fyrirtækja.<sup>258</sup> Verulegur verðmunur á þessu hráefni til afurðastöðva er því til þess fallinn að hafa umtalsverð áhrif á samkeppnisrekstur þess fyrirtækis sem þarf að borga hærra verð en aðrir kaupendur á hrámmjólk.

Umrædd verðmismunun MS var ekki aðeins veruleg heldur stóð hún lengi yfir gagnvart fyrst Mjólku I og síðar Mjólkurbúinu.<sup>259</sup>

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 sem var til þess fallið að veita þeim verulegt samkeppnisforskot gagnvart Mjólku I og Mjólkurbúinu. Var ekki nóg með að KS og Mjólka II fengju hrámmjólk á mun lægra verði en keppinautarnir heldur var hrámmjólkin verðlögð undir kostnaði, sbr. kafla IV. 1.1 hér að framan. Ef KS og Mjólku II hefði verið gert að greiða sama verð fyrir hrámmjólk og keppinautar þeirra þá hefði hráefniskostnaður KS og Mjólku II verið um 239 milljónum kr. hærri en ella á árunum 2008 til ársins 2013, sbr. kafla IV. 3.7 hér að framan.

Með þessu móti var geta þessara fyrirtækja (Mjólka I og síðar 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.

Hér ber einnig að líta til þess að samvinna á grundvelli 71. gr. búvörulaga gat skilað MS, KS og Mjólku II verulegu viðbótar forskoti á markaði gagnvart keppinautum sem felst í aukinni stærðarhagkvæmni og hagræðingu í vinnslu, birgðahaldi og dreifingu 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 auk þess lítinn keppinaut eins

<sup>257</sup> Sjá hér dóm undirréttar ESB í svonefndu Clearstream máli, dómur frá 9. september 2009 í máli nr. T-301/04. Sjá einnig dóm dómstóls ESB í Deutsche Bahn málinu, dómur frá 27. apríl 1999 í máli nr. C-436/97. Mál þessu eru skýr dæmi um ólögmæta verðmismunun þegar lóðrétt samþætt markaðsráðandi fyrirtæki hyglar tengdu fyrirtæki með betri kjörum á næsta sölustigi fyrir neðan. Vísast einnig til umfjöllunar um þessi mál í greinargerð Samkeppniseftirlitsins fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála í máli nr. 5/2014, bls. 74-77 og 79-90.

<sup>258</sup> Sbr. t.d. ávarp Egils Sigurðssonar stjórnarformanns MS í ársskýrslu fyrir árið 2013: „Hráefniskaup af bændum, eigendum Auðhumlu, eru langstærsti útgjaldaliður í mjólkuriðnaði og eru um helmingur af kostnaði mjólkurvinnslufyrirtækja.“

<sup>259</sup> Í dómi undirréttar ESB í Clearstream málinu lá fyrir að Clearstream var (eins og MS í þessu máli) nánast í einokunarstöðu og hafði beitt viðskiptavin sinn verðmismunun um árabíl. Að mati undirréttarins gat þetta ekki leitt til annars en veingar á samkeppnisstöðu. Í málinu sagði undirrétturinn orðrétt: „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.“



og t.d. Mjólkurbúið, sem er að reyna að ná fótfestu á markaði fyrir vinnslu á mjólkurafurðum, verulegri mismunun í verði á mikilvægu hráefni. Er slík hegðun í andstöðu við markmið samkeppnislaga, sbr. c. lið 1. gr. samkeppnislaga.

Hér ber jafnframt að nefna örlög Mjólku I en fyrir liggur að brotthvarf þess félags af markaði sem sjálfstæður keppinautur hafði mjög skaðleg áhrif á samkeppni, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 40/2009. Á fyrri hluta ársins 2008 varð Mjólka I háð MS um kaup á hrámjólki. Sá mikli munur sem var á hráefnisverði Mjólku I í samanburði við MS og KS var til þess fallinn að skekkja stöðu Mjólku I verulega og dró úr möguleikum fyrirtækisins til að geta keppt af krafti á markaði. Í máli þessu liggur fyrir að MS hefur, án málefnalegra raka, kosið að miða verðlagningu á hrámjólki til Mjólku I (og síðar Mjólkurbúsins) við verðlagningu verðlagsnefndar á gerilsneyddri mjólki í lausu máli. Af þessu leiddi að þegar verð á gerilsneyddri mjólki í lausu máli hækkaði 1. ágúst 2009 þá hækkaði verðið að sama skapi sem Mjólka I greiddi MS fyrir hvern lítra af hrámjólki. Verð innan MS samstæðunnar og til KS hækkaði hins vegar ekki enda miðaði MS verðlagningu til skyldra aðila við lágmarksverð til bænda sem hækkaði ekki þegar verð á mjólki í lausu máli hækkaði. Blasir við að framangreint var til þess fallið að gera samkeppnisstöðu Mjólku I enn erfiðari. Hefur þetta án efa stuðlað að því að samruni KS og Mjólku I gekk eftir. Fyrirsvarmenn Mjólku 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 í árslok 2009. Þegar hið samkeppnislega aðhald frá Mjólku I í m.a. sölu á rifnum osti hvarf ákváðu MS og KS verðhækkun á þeirri vöru.

Samkvæmt framansögðu er það mat Samkeppniseftirlitsins að verðhækkun MS 1. ágúst 2009, sem grundvallaðist á ákvörðun verðlagsnefndar um verðhækkun á gerilsneyddri mjólki í lausu máli á meðan lágmarksverð á mjólki frá bændum hélst óbreytt, 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.

Samkeppniseftirlitið vísar hér einnig í heild sinni til umfjöllunar í kafla IV hér að framan.

Brot á 11. gr. samkeppnislaga er ekki háð því að sýnt sé fram á skaðleg áhrif á samkeppni. Dugar að rökstutt sé að háttsemi sé til þess fallin að raska samkeppni.<sup>260</sup> Framangreind atriði sýna með skýrum hætti að aðgerðir MS voru til þess fallnar að raska samkeppni með mjög alvarlegum hætti.

Sjónarmið sem MS hefur sett fram breyta ekki framangreindu mati Samkeppniseftirlitsins.

Þegar allt framangreint er virt er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að MS hafi með alvarlegum hætti brotið gegn c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga á rannsóknartímabili málsins.

#### **4. Verðbrýstingur**

---

<sup>260</sup> Sjá t.d. dóma Hæstaréttar í málum nr. 550/2007, *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, og nr. 188/2010, *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.



Í hinu eldra máli setti MS út á það að ekki hafi verið gerð grein fyrir áhrifum verðþrýstings af verðlagningu MS gagnvart Mjólku I og Mjólkurbúinu. Þá hefur MS einnig staðhæft að Mjólka I hafi verið sérstaklega illa rekin og hafi fyrir vikið skilað miklu tapi og verið ógjaldfær. Þetta hefur MS sett fram til stuðnings því að aðgerðir félagsins hafi ekki raskað samkeppni og ekki orðið til þess að KS tók yfir Mjólku I.

Eins og fram kom í kafla V. 2 hér að framan er ljóst að tiltekin háttsemi markaðsráðandi fyrirtækis getur, eftir atvikum, verið flokkuð með mismunandi hætti. Þetta á ekki síst við um háttsemi af þeim toga sem mál þetta fjallar um, þ.e. markaðsráðandi heildsali selur mikilvægt hráefni á mismunandi verði til tengdra fyrirtækja (og eigin deildar á neðra sölustigi) annars vegar og ótengdra fyrirtækja hins vegar.

Í ljósi framangreindra athugasemda MS vill Samkeppniseftirlitið leggja mat á áhrif verðþrýstings af verðlagningu MS til viðbótar við umfjöllun eftirlitsins er varðar meinta ólögmeta verðmismunun gagnvart Mjólku I og Mjólkurbúinu.

Markaðsráðandi fyrirtæki getur brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með verðþrýstingi. Verðþrýstingur snýst í aðalatriðum um ósanngjarnan mun (e. *the spread*) á heildsöluverði viðkomandi aðfangs og smásölu/afurðaverði á neðra vinnslu- og sölustigi sem gerir keppinautum markaðsráðandi fyrirtækja erfitt eða ómögulegt að keppa á neðra sölustigi. Eins og fram kemur í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 7/2012, *Ólögætur verðþrýstingur Símans hf. á farsímamarkaði*, skiptir máli við mat á því hvort um slíkt brot sé að ræða að horfa til eftirfarandi atriða:

- Lóðrétt samþætting þarf að vera til staðar þannig að hið markaðsráðandi fyrirtæki á heildsölustigi útvegi mikilvægt aðfang til keppinauta á neðra vinnslu- og sölustigi þar sem fyrirtækið er einnig starfandi. Verðþrýstingur varðar þannig tvo markaði, þ.e. annars vegar heildsölumarkað viðkomandi aðfangs og hins vegar afurðamarkað á neðra vinnslu- og sölustigi þar sem keppinautar eru bæði viðskiptavinir og keppinautar hins markaðsráðandi fyrirtækis.
- Ekki er skilyrði að viðkomandi fyrirtæki sé einnig markaðsráðandi á afurðamarkaði á neðra vinnslu- og sölustigi.
- Meta þarf hvort viðkomandi aðfang er mikilvægt fyrir keppinauta á afurðamarkaði á neðra vinnslu- og sölustigi.
- Meta þarf hvort aðfangið vegi hlutfallslega þungt í kostnaði keppinauta á neðra vinnslu- og sölustigi.
- Líta ber til þess hvort markaðsráðandi fyrirtæki hafi með verðlagningu á heildsölustigi, neðra vinnslu- og sölustigi eða hvorutveggja stuðlað að því að starfsemi keppinauta á neðra vinnslu- og sölustigi hafi verið gerð óarðbær, þ.e. að rekstur þeirra skili ekki viðunandi hagnaði. Þetta ber að kanna með hliðsjón af verðlagningu og kostnaði hins markaðsráðandi fyrirtækis.
- Meta þarf hvort verðþrýstingur af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis sé til þess fallinn að hafa skaðleg áhrif á samkeppni á viðkomandi markaði.
- Kanna þarf hvort markaðsráðandi fyrirtæki hafi sýnt fram á hlutlæg sjónarmið sem geti réttlætt verðþrýstinginn.<sup>261</sup>

<sup>261</sup> MS hefur sett fram svipuð sjónarmið um túlkun á verðþrýstingi skv. 11. gr. samkeppnislaga. Í kærnu fyrirtækisins til áfrýjunarnefndar segir: „Að því er mögulegan verðþrýsting varðar, þá kann slík háttsemi að koma til skoðunar þar sem hlutaðeigandi fyrirtæki er markaðsráðandi á heildsölustigi og starfar einnig á tengdum



Til frekari skýringar á verðþrýstingi vísast til umræddrar ákvörðunar eftirlitsins og úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2012.<sup>262</sup>

Tekið skal fram að ef um verðmismunun er að ræða þarf hún ekki alltaf að hafa sjálfkrafa í för með sér ólögmetan verðþrýsting í skilningi samkeppnislaga. Það geta komið upp tilfelli um verðmismun án þess að um verðþrýsting sé að ræða ef hið markaðsráðandi fyrirtæki myndi skila hagnaði ef gengið væri út frá sömu verðlagningu og til keppinauta þess á hinu mikilvægu aðfangi til eigin vinnslu. Aftur á móti ef það verð sem hið markaðsráðandi fyrirtæki krefði keppinauta þess um myndi óhjákvæmilega leiða til taprekstrar hjá fyrirtækinu vegna verðlagningar á aðfanginu væri það vísbending um að félagið hefði beitt minni keppinauta verðþrýstingi. Þannig getur verðmismunun og verðþrýstingur farið saman en það á einmitt við í þessu máli, sbr. nánar hér á eftir. Má segja að ef verðmismunun felur einnig í sér verðþrýsting þá sé það enn alvarlegra brot en ella.

Ljóst er að framangreind viðmið skv. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 7/2012, að breyttu breytanda, eiga við um aðgerðir MS í þessu máli. Fyrirtækið er lóðrétt samþætt og markaðsráðandi í heildsölu á hrámjólku. Jafnframt er fyrirtækið keppinautur viðskiptavina sinna í heildsölu á mjólkurvörum framleiddum úr hráefninu til m.a. endurseljenda. Er MS einnig í yfirburðastöðu á því sviði sem gerir umhverfið enn viðkvæmara í samkeppnislegu tilliti. Hrámjólk er grundvallar hráefni og vegur hlutfallslega þungt í kostnaði við framleiðslu á mjólkurvörum, sbr. umfjöllun hér að framan.

Í kæru MS til áfrýjunarnefndar samkeppnismála, dags. 20. október 2014, var því haldið fram að verðlagning félagsins til Mjólklu I hafi ekki falið í sér ólögmetan verðþrýsting. Fullyrðing MS var rökstudd með hliðsjón af niðurstöðum úr rekstrar- og efnahagsreikningi Mjólklu I fyrir árin 2005 til ársins 2009 sem hafi sýnt slæma rekstrarniðurstöðu. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á framangreint mat MS enda hefur rekstrarniðurstaða þess sem verður fyrir verðþrýstingi ekkert að gera með greiningu á verðþrýstingi seljandans á hinu mikilvæga aðfangi. Greining á verðþrýstingi felst almennt í því að meta hvort hið markaðsráðandi fyrirtæki sem bæði er starfandi á heildsölustigi og neðra sölustigi málsins hefði sjálft staðið undir eigin verðlagningu á mikilvægu aðfangi sem það selur keppinautum sínum.

Í þessu máli eru aðstæður með þeim hætti að afurðarstöðvar starfa í framleiðslu á mjólkurafurðum á heildsölustigi þar sem mikilvægasta aðfangið er hrámjólk og selja þessar afurðir áfram í heildsölu til endursöluaðila. Smásalan fer síðan fram hjá endursöluaðilum sem geta verið og eru yfirleitt afurðarstöðvum óviðkomandi og ótengdir. Breyta þessar aðstæður ekki því að aðferðafræðin við mat á verðþrýstingi á við í þessu máli líkt og í framangreindu máli sem leiddi til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 7/2012. Hér er rétt að hafa í huga, sem er mikilvægt, að það er viðskiptaleg ákvörðun hverrar afurðarstöðvar

---

*smásölumarkaði. Fyrirtækið selur í heildsölu mikilvægt aðfang til annarra fyrirtækja sem nýta aðfangið í starfsemi sinni á neðra sölustigi og eru á þeim markaði í samkeppni við þann hluta í starfsemi hins markaðsráðandi fyrirtækis. Brot getur þannig fallist í óeðlilegri verðlagningu á heildsöluaðfanginu, sem raskar samkeppni á neðri markaði. Í því tilviki þurfa samkeppnisyfirlit að staðreyna hvort markaðsráðandi fyrirtæki hafi með verðlagningu á heildsölustigi (og jafnvel líka á neðra sölustigi) stuðlað að því að starfsemi keppinauta á smásölumarkaði hafi verið gerð óarðbær, þ.e. að rekstur þeirra skili ekki viðunandi hagnaði og með þeim hætti dregið úr samkeppni."*

<sup>262</sup> Sjá einnig t.d. dóma dómstóls ESB frá 14. október 2010 í mál nr. C-280/08, Deutsche Telekom gegn framkvæmdastjórninni og frá 17. febrúar 2011 í máli nr. C-52/09, TeliaSonera.



á hverjum tíma hvaða afurðir hún framleiðir. Verður að ætla að sú ákvörðun hverju sinni taki mið af vilja eigenda, verði aðfanga til framleiðslunnar og markaðslegum aðstæðum tengdum afsetningu afurðanna til endursölu. Engin afurðastöðvanna er þvinguð til þess að framleiða tiltekna afurðir nema þá af eigendum sínum. Með hliðsjón af þessu er eðlilegt að meta í þessu máli hvort MS gæti skilað eðlilegum hagnaði ef félagið hefði þurft að kaupa hrá mjólk til eigin vinnslu á sama verði og MS verðlagði sömu hrá mjólk til keppinauta. Verð hrá mjólkur er það sama óháð því hvaða afurðir eru framleiddar úr henni hjá afurðarstöðvum. Er í þessu tilviki talið eðlilegt að meta áhrifin á EBITDA hjá MS rekstrarárin 2008 til 2013.

**Tafla 24. Verðþrýstingur MS**

Ár	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Innvegnir ltr. alls á ári (þús. ltr.)	126.060	125.569	124.462	123.156	125.093	122.914
Innvegnir ltr. hjá AH <sup>263</sup> (þús. ltr.)	114.302	113.965	111.089	112.130	112.862	110.717
<b>EBITDA<sup>264</sup> MS í þús. kr.</b>	<b>263.820</b>	<b>309.219</b>	<b>802.246</b>	<b>743.018</b>	<b>897.015</b>	<b>776.479</b>
<b>EBITDA MS á lítra</b>	<b>2,31</b>	<b>2,71</b>	<b>7,22</b>	<b>6,63</b>	<b>7,95</b>	<b>7,01</b>
Verðmismunur í kr. <sup>265</sup>	4,38	10,98	14,42	13,45	14,37	15,23
Verðmismunur í %	7,35%	15,87%	20,87%	18,43%	18,87%	19,54%
<b>Neikvæð EBITDA MS í þús. kr.</b>	<b>-237.108</b>	<b>-939.930</b>	<b>-799.658</b>	<b>-765.412</b>	<b>-724.243</b>	<b>-909.561</b>
<b>Neikvæð EBITDA MS á lítra</b>	<b>-2,07</b>	<b>-8,25</b>	<b>-7,20</b>	<b>-6,83</b>	<b>-6,42</b>	<b>-8,22</b>

Taflan sýnir að ef MS hefði þurft að greiða sama verð og Mjólk I og Mjólkurbúið fyrir hrá mjólk til vinnslu þá hefði rekstur MS, án afskrifta og fjármagnsliða, ekki staðið undir sér heldur skilað umtalsverðu tapi á því tímabili sem mál þetta nær til. Afskriftir og fjármagnsliðir leiða til enn verri afkomu MS á þessum árum. Yfirlýsingar MS um slakan og óábyrgan rekstur Mjólk I missa því marks. Framangreind niðurstaða sýnir að þrátt fyrir umtalsverða stærðarhagkvæmni MS þá hefði fyrirtækið sjálft ekki staðið undir eigin verðlagningu á hrá mjólk sem Mjólk I og Mjólkurbúinu var ætlað að standa undir.

Umfjöllun í kafla V. 3 hér að framan sýnir að engin hlutlæg málefnaleg sjónarmið réttlæta þá verðlagningu sem beitt var gagnvart Mjólk I og Mjólkurbúinu. Sú umfjöllun sýnir einnig að háttsemi MS var til þess fallin að raska samkeppni með mjög alvarlegum hætti. Þessi sjónarmið eiga einnig við þegar horft er á aðgerðir MS með hliðsjón af þeim viðmiðum sem gilda um verðþrýsting.

Samkvæmt þessu er unnt að meta aðgerðir MS sem mjög alvarlegan og langvarandi ólögmetan verðþrýsting. Jafnframt dregur þessi umfjöllun enn frekar fram að

<sup>263</sup> Auðhumla (AH)

<sup>264</sup> EBITDA stendur fyrir hagnað fyrir afskriftir, vexti og skatta. Upplýsingar úr ársreikningum MS.

<sup>265</sup> Munur á vagnu meðaltali á verði hrá mjólkur til MS annars vegar og vagnu meðaltali á verði MS á hrá mjólk til keppinauta hins vegar. Verðlagning á hrá mjólk til MS tekur mið af verði Auðhumla á hrá mjólk að frádregnum flutningskostnaði bænda annars vegar og verði MS til keppinauta að frádregnum afslætti MS til Mjólk I og Mjólkurbúsins hins vegar. Miðað er við jafna dreifingu á sölu hrá mjólkur yfir árið en að mati Samkeppniseftirlitsins hefur það ekki veruleg áhrif á heildarmatið.



verðismunun MS á rannsóknartímabilinu gagnvart Mjólku I og Mjólkurbúinu var í eðli sínu mjög alvarleg og samkeppnishamlandi.

Í athugasemdum MS frá 12. janúar 2016 kemur fram að félagið mótmæli í heild sinni umfjöllun Samkeppniseftirlitsins um verðþrýsting en sjái enga ástæðu til að bregðast frekar við þeirri umfjöllun. Virðist MS byggja á því að umfjöllun um verðþrýsting hafi ekki verið hluti af frumniðurstöðu Samkeppniseftirlitsins í málinu og segir að fari svo „ólíklega“ að það verði á einhverjum tímapunkta frumniðurstaða eftirlitsins að MS hefði beitt verðþrýstingi þá megi „ætla verulega breytingu hafa orðið á grundvelli þessa máls sem nú er lagt upp með og MS fengi þá færi á að koma að sjónarmiðum sínum varðandi hinn breytta grundvöll málsins.“

Eins og fram kemur í kafla V.2 hér að framan hefur MS haldið því fram að Samkeppniseftirlitið hafi flokkað aðgerðir félagsins sem verðismunun skv. c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga vegna „léttvægari sönnunarstöðu heldur en í öðrum tegundum brota.“ MS hefur einnig sagt að ef „SE taldi rétt að rannsaka verðlagningu kæranda, þá hafi helst átt að koma til rannsóknar hvort unnt væri að heimfæra háttsemi kæranda undir okur eða mögulegan verðþrýsting.“

Í ljósi þessara sjónarmiða MS hefur Samkeppniseftirlitið metið það hvort það breyti einhverju að horfa á háttsemina frá öðru sjónarhorni en gert var í hinu eldra máli. Eins og að framan segir sýnir sú athugun að unnt er að meta aðgerðir MS sem ólögmætan verðþrýsting og styður það jafnframt að verðismunun MS á rannsóknartímabilinu var ólögmæt.

Þessi umfjöllun var að öllu leyti hluti af andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins frá 22. október 2015 og var MS í lófa lagið að tjá sig um hana efnislega. Það kaus félagið hins vegar að gera ekki og stendur niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að þessu leyti óhögguð.

## 5. Ólögmæt viðskiptakjör

MS hefur haldið því fram að viðskiptakjörin sem giltu gagnvart Mjólku I og Mjólkurbúinu, virt ein og sér (þ.e. án tillits til þess hvort um verðismunun var að ræða), hafi ekki farið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Hefur MS orðað þetta með þeim hætti að kjörin hafi vegna ákvæða búvörulaga ekki getað falið í sér okur. Í kæru MS til áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2014 segir um þetta:

*„Með vísan til fyrrgreinds telur kærandi að mál það sem hér er til umfjöllunar beri öll einkenni hinnar röngu meðferðar á c-lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Ef SE taldi rétt að rannsaka verðlagningu kæranda, þá hafi helst átt að koma til rannsóknar hvort unnt væri að heimfæra háttsemi kæranda undir okur eða mögulegan verðþrýsting. Auðsýnt er að það verð sem Mjólkurbúið greiddi fyrir hrámjólk fól ekki í sér okur (okur skilgreint sem verð sem ekki var í neinum tengslum við þann kostnað sem kærandi hafði af því að veita þjónustuna ásamt hæfilegri álagningu). Þetta má m.a. greina af forsendum verðákvarðana verðlagsnefndar búvöru.“*



Í ljósi þessara sjónarmiða MS telur Samkeppniseftirlitið gagnlegt að meta það sérstaklega hvort viðskiptakjörin sem giltu gagnvart Mjólku I og Mjólkurbúinu á rannsóknartímabilinu hafi, ein og sér, verið í samræmi við kröfur 11. gr. samkeppnislaga, sbr. einnig kafli V. 2 hér að framan.

Hér er rétt fyrst að rifja upp þær skýringar sem MS hefur gefið á verðinu sem keppinautarnir þurftu að greiða:

- Í upphafi byggði MS á því að verðlagsnefnd búvöru hefði beinlínis ákveðið, skv. 1. mgr. 13. gr. búvörlaga, verð á hrámjólkinni sem MS seldi ótengdum aðilum.<sup>266</sup> Hélt MS því fram, með vísan til kostnaðarsjónarmiða<sup>267</sup> og til verðlagsnefndar búvöru<sup>268</sup>, að þetta væri eðlilegt heildsöluverð á hrámjólki.
- Síðar var þetta leiðrétt og sagt að verðlagsnefndin hafi „*ekki ákveðið sérstaklega verð á ógerilsneyddri mjólki í lausu máli.*“ Mjólkin sem seld væri ótengdu aðilunum „*telst vera mjólki í lausu máli og skiptir þá engu hvort hún er gerilsneydd eða ógerilsneydd*“. Staðhæfði MS að engin rök væru fyrir því að verð á hrámjólki eigi að vera lægra en verð á gerilsneyddri nýmjólki.<sup>269</sup>
- Þrátt fyrir að verðlagsnefndin hefði ekki ákveðið þetta verð taldi MS sig hafa „*fulla heimild til að selja ópakkaða mjólki samkvæmt þessum ákvörðunum verðlagsnefndar um hámarksverð ópakkaðrar mjólkur í lausu máli, hvort sem mjólkin er gerilsneydd eða ekki.*“<sup>270</sup>
- Í kæru til áfrýjunarnefndar hélt MS því hins vegar aftur fram að verðlagsnefnd búvöru hefði ákveðið verð á hrámjólkinni sem seld var ótengdum aðilum. Nefndin hafi, skv. MS, ákveðið „*eitt verð*“ sem tekið hafi bæði til hrámjólkur og

<sup>266</sup> Bréf MS til Samkeppniseftirlitsins frá 7. janúar 2013 og 13. febrúar 2013 (bls. 3-4).

<sup>267</sup> Í bréfi MS frá 7. janúar 2013 segir að viðskiptin með hrámjólki við tengda og ótengda aðila séu ólík: „*Í stuttu máli er hér verið að bera saman tvönn ólík viðskipti. Annars vegar sölu á mjólki í lausu máli með afslætti enn án frekari kostnaðar og skuldbindinga af hálfu kaupenda. Hins vegar miðlun á hráefni á kostnaðargrunni innan viðskiptasambands sem axlar aukakostnað af söfnun, lyfjaeftirliti, gæðaeftirliti, frumvinnslu og dreifingu auk sölutryggingar til bænda.*“ Á RÚV.is þann 13. janúar 2013 var fjallað um að Mjólkurbúíð KÚ þurfi að greiða sautján prósentum meira fyrir hrámjólkina sem keypt er frá MS heldur en Mjólka, samkvæmt reikningum sem MS sendi báðum fyrirtækjunum. Eftirfarandi var haft eftir forstjóra MS: „*Einar Sigurðsson, forstjóri MS, sagði í samtali við fréttastofu að ástæðan fyrir verðmuninum væri að þetta væru í raun ólík viðskipti. Reikningurinn til KÚ sýni sölu á mjólki í lausu máli eftir verðskrá. Hinn reikningurinn sýni hins vegar mjólki sem er miðlað inn í sameiginlegt kerfi MS og Kaupfélags Skagfirðinga, móðurfélags Mjólku, á grunnverði. Þau fyrirtæki beri hins vegar ýmsan annan kostnað af mjólkinni sem sjáist ekki á reikningum af þessu tagi.*“

<sup>268</sup> Í bréfi MS frá 7. janúar 2013 segir: „*Verðmunur á mjólki í lausu máli og lágmarksverði til bænda er hugsað þannig af hálfu verðlagsnefndar búvöru að verð á mjólki í lausu máli vegi upp innkaupsverð á hrámjólki 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 mjólki í lausu máli og innkaupsverð á mjólki) vegur einnig á móti þeirri áhættu sem felst í skuldbindingum Auðhumlu svf./Mjólkursamsölu ehf. og Kaupfélags Skagfirðinga svf. að kaupa alla mjólki á félagssvæði sínu á lágmarksverði til bænda án tillits til þess hvort markaður er fyrir allt ákvarðað greiðslumark hvers árs.*“

<sup>269</sup> Tölvupóstur MS frá 15. mars 2013. Í honum segir: „*Verðlagsnefnd búvöru hefur ekki ákveðið sérstaklega verð á ógerilsneyddri mjólki í lausu máli. Það er aðeins eitt verð á mjólki í lausu máli. Nú getur verið að einhver telji að ógerilsneydd mjólki eigi að vera ódýrari en gerilsneydd mjólki, þar sem mjólkin hefur ekki farið í gegnum gerilsneyðingarferli hjá MS. Málið er hins vegar ekki svo einfalt. Mjólki sem seld er ógerilsneydd er haldið aðskilinni frá annarri mjólki. Áður en afhending/dreifing til viðskiptavinar er framkvæmd biður mjólkursöfnunarbíll í mjólkursstöð á meðan lyfjaeftirlit og gæðamælingar fara fram. Að fenginni niðurstöðu úr þeim mælingum, fer mjólkursöfnunarbíll með mjólki 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 mjólki sem seld er gerilsneydd í lausu máli fer inn í hverfaskipta vöudreifingakeðju fyrirtækisins, en sú ógerilsneydda er send með sérhæfðum flutningatækjum sem annars eru eingöngu í verkefnum við mjólkursöfnun hjá mjólkurframleiðendum.*“

<sup>270</sup> Athugasemdir MS frá 14. mars 2014, bls. 17.





gerilsneyddrar mjólkur.<sup>271</sup> Hafi MS verið bundið af þessari verðákvörðun verðlagsnefndar.<sup>272</sup>

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2014 segir:

*„Málið snýst einnig um þýðingu ákvæða í 71. og 3. mgr. 13. gr. búvörulaga 99/1993, svo sem nánar verður vikið að síðar, um undanþágur frá ákvæðum samkeppnislaga. Það er þó ekki deilt um að samkeppnislög gilda um starfsemi í mjólkuriðnaði þar sem undanþágunum sleppir. Óumdeilt er að undanþágurnar giltu ekki við sölu áfrýjanda á mjólk til Mjólku I og Mjólkurbúsins (og raunar fleiri ótengdra aðila).*

...

*Það liggur skýrlega fyrir í málinu að áfrýjandi seldi hinum ótengdu aðilum ógerilsneydda mjólk (Mjólku I o.fl.) á verði sem var samsvarandi því sem verðlagsnefnd búvara ákvað fyrir gerilsneydda mjólk í lausu á því tímabili sem um ræðir. Annað verð stóð þeim ekki til boða. Fram kom í málflutningi fyrir nefndinni að áfrýjandi taldi það verð vera „hámarksverð í heildsölu“ á þessari vöru. Nú liggur fyrir samkvæmt bréfi atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytisins, dagsett hinn 10. desember 2013, sem undirritað er af formanni nefndarinnar, að nefndin ákvað verð fyrir hina gerilsneyddu afurð en ekki þá ógerilsneyddu á því tímabili sem um ræðir.*

...

*Einnig liggur nú fyrir að verðlagsnefnd búvara hóf fyrst á árinu 2014 að ákveða verð á ógerilsneyddri mjólk í lausu sérstaklega, en hætti að verðleggja gerilsneydda mjólk í lausu. Verð fyrir ógerilsneydda mjólk í heildsölu var við þessa breytingu ákvarðað nokkru lægra en fyrir þá gerilsneyddu áður. Í fundargerð nefndarinnar frá 12. mars 2014 kemur fram að verð ógerilsneyddrar mjólkur í lausu skuli vera 91,30 kr. á lítra en sem áður segir var verðið sem ákvarðað hafi verið í nóvember 2013 fyrir gerilsneydda mjólk um 101 króna á lítra. Mjólkurhráefnisverðið hafði ekki breyst og má því draga þá ályktun að í stað 18 krónu kostnaðar áfrýjanda (í tilviki gerilsneyddrar mjólkur) félli u.þ.b. 8,5 króna til í kostnað þegar gerilsneyðingu var sleppt.“*

Samkvæmt framansögðu er ljóst að á rannsóknartímabilinu var heildsöluverð MS á hrámjólk til Mjólku I og Mjólkurbúsins ekki ákveðið á grundvelli búvörulaga. Það var alfarið ákvörðun MS að miða við verð verðlagsnefndar búvöru á unninni vöru þegar keppinautunum var selt þetta mikilvæga hráefni. Eru þetta viðskiptakjör MS sem að fullu og öllu leyti koma til skoðunar á grundvelli 11. gr. samkeppnislaga.

Í bréfi Samkeppniseftirlitsins til MS, dags. 19. desember 2014, var vísað til framangreindrar niðurstöðu áfrýjunarnefndar um að verðlagsnefnd búvöru hefði ekki ákveðið verð á þeirri hrámjólk sem seld var Mjólku I og Mjólkurbúinu. Óskaði Samkeppniseftirlitið eftir því að MS léti eftirlitinu í té afrit af „bréfum, minnisblöðum, tölvupóstum og öllum öðrum samtímagögnum sem MS býr yfir þar sem fjallað er um þá ráðstöfun að selja Mjólku I og Mjólkurbúinu ógerilsneydda hrámjólk á umræddu verði.“ Einnig var óskað eftir skýringum

<sup>271</sup> Bls. 21 í kæru MS.

<sup>272</sup> Bls. 37 í kæru MS.



MS á því „hvers vegna Mjólku I og Mjólkurbúinu var selt umrætt hráefni á verði sem miðaðist við unna vöru (nýmjólk).“

MS svaraði þessari fyrirspurn, í bréfi frá 28. janúar 2015, með eftirfarandi hætti:

*„Líkt og áður hefur komið fram í máli þessu seldi MS Mjólku I og Mjólkurbúinu hrámjólk á því verði sem verðlagsnefnd búvöru ákvað fyrir mjólk í lausu máli en það var fyrst á fyrri hluta síðasta árs sem nefndin ákvað sérstaklega verð fyrir ógerilsneydda mjólk í lausu máli. Fram að því var því einungis um eitt verð á mjólk í lausu máli að ræða. Því til stuðnings bendir MS á að í fundargerð nefndarinnar nr. 261 frá 12. mars 2014 er fjallað um þá tillögu sem fyrir lá um sérstakt verð á ógerilsneyddri mjólk í lausu máli í 2. tl. í niðurlagi þess liðar segir svo:*

*"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."*

*Eðli máls samkvæmt hefði verðlagsnefnd búvara ekki tekið það fram að frá gildistöku umræddrar ákvörðunar skyldi verð á mjólk í lausu máli samkvæmt verðskrá eingöngu gilda fyrir gerilsneydda mjólk ef það hefði gert það fram að því. Hér var því augljóslega verið að gera breytingu á því fyrirkomulagi sem gilt hafði þar sem eitt verð var ákveðið fyrir alla mjólk í lausu máli, hvort heldur sem er gerilsneydda og ógerilsneydda.*

*Þrátt fyrir ítarlega leit hafa ekki fundist bréf, minnisblöð, tölvupóstar eða önnur samtímagögn þar sem fjallað er um þá ráðstöfun að selja hrámjólk til Mjólku I eða Mjólkurbúsins á umræddu verði. Helgast það vafalítið af því að um verð ákveðið af verðlagsnefnd búvara var að ræða.*

*Meðfylgjandi er hins vegar samningur MS við Mjólku I um sölu mjólkur frá MS til Mjólku I sem og kaup MS á innvigtunar- og flutningstækjum Mjólku I til mjólkursöfnunar, dags. 10. mars 2008 (**fylgiskjal nr. 4**). Í samningnum er kveðið á um að verð skuli vera samkvæmt opinberri verðskrá mjólkurvara á heildsölustigi með tilteknum afslætti. Í samningnum er miðað við að mjólkinn sé afhent skilvindhreinsuð og gerilsneydd en Mjólka I geti ef hún svo kjósi fengið hana afhenta ógerilsneydda eða forhitaða sem þá skuli útfært af samningsaðilum eftir tæknilegum aðstæðum hverju sinni. Ekki er kveðið á um að verð skuli breytast við það og ekki liggja hjá félaginu neinar óskir frá Mjólku I þar að lútandi. Allar athugasemdir Mjólku I er tengdust verði lutu að ákvörðunum verðlagsnefndar búvöru um hækkun á verði á mjólk í lausu máli. Ekki var gerður skriflegur samningur við Mjólkurbúið þegar það hóf viðskipti við MS. Hins vegar hefur Mjólkurbúið notið sömu afsláttarkjara og kveðið er á um í umræddum samningi við Mjólku I auk eftirágreidds viðbótarafsláttar, líkt og áður hefur verið upplýst um í málinu."*

Eins og fyrr segir bannar 11. gr. samkeppnislaga alla misnotkun á markaðsráðandi stöðu, þ.m.t. að „krafist sé ósanngjarns kaup- eða söluverðs eða aðrir ósanngjarnir



viðskiptaskilmálar settir.", sbr. a. lið 2. mgr. Felst í 11. gr. í raun bann við hverskonar aðgerðum sem geta eftt eða varið markaðsráðandi stöðu og fela ekki í sér samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu (e. *competition on the merits*). Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2013 segir um þetta:

*„Af 11. gr. samkeppnislaga leiðir að markaðsráðandi fyrirtæki má ekki grípa til aðgerða sem raskað geta með óeðlilegum hætti þeirri samkeppni sem er á markaði. Hér undir falla aðgerðir sem ekki styðjast við eðlilegar samkeppnislegar forsendur. Er markaðsráðandi fyrirtæki þannig að meginstefnu til óheimilt að bæta stöðu sína á markaði með öðrum aðgerðum en samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu þess.“*

Bannið við að markaðsráðandi fyrirtæki bæti stöðu sína á markaði með öðrum aðgerðum en samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu er túlkað rúmt. Tekur það til hvers konar aðgerða sem með óeðlilegum hætti verja eða styrkja hina markaðsráðandi stöðu. Dómur dómstóls ESB frá 6. desember 2012 í máli nr. C-457/2010, *AstaZeneca gegn framkvæmdastjórninni*, gefur þetta skýrt til kynna. Í dóminum var staðfest sú niðurstaða framkvæmdastjórnar ESB að villandi upplýsingagjöf markaðsráðandi lyfjaframleiðanda til einkaleyfayfirvalda hefði ekki falið í sér samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu og þar með misnotkun á markaðsráðandi stöðu, sbr. mgr. 74 og áfram í dómnum.<sup>273</sup>

Þegar aðgerð markaðsráðandi fyrirtækis tengist verði eða viðskiptakjörum hefur dómstóll ESB sagt að eftirfarandi skipti máli við mat á lögmæti hennar:

*„25 As regards the abusive nature of pricing practices such as those in the main proceedings, it must be noted that subparagraph (a) of the second paragraph of Article 102 TFEU expressly prohibits a dominant undertaking from directly or indirectly imposing unfair prices.*

*26 Furthermore, the list of abusive practices contained in Article 102 TFEU is not exhaustive, so that the list of abusive practices contained in that provision does not exhaust the methods of abusing a dominant position prohibited by EU law (Deutsche Telekom v Commission, paragraph 173 and case-law cited).*

*27 The concept of abuse of a dominant position prohibited by that provision is an objective concept relating to the conduct of a dominant undertaking which, on a market where the degree of competition is already weakened precisely because of the presence of the undertaking concerned, 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 (Deutsche Telekom v Commission, paragraph 174 and case-law cited).*

*28 In order to determine whether the dominant undertaking has abused its position by the pricing practices it applies, it is necessary to consider all the circumstances and to investigate whether the practice tends to remove or restrict the buyer's freedom to choose his sources of supply, to bar competitors*

---

<sup>273</sup> Sjá hér einnig t.d. álit Wathlet aðallögsögumanns við dómstól ESB frá 20. nóvember 2014 í máli nr. C-170/13, Huawei, mgr. 67. Þar er bent á að í undantekningatilvikum gæti það falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu ef markaðsráðandi fyrirtæki höfðar mál gegn keppinautum sínum fyrir dómstólum.



from access to the market, to apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, or to strengthen the dominant position by distorting competition (*Deutsche Telekom v Commission*, paragraph 175 and case-law cited).

29 Those are the principles in the light of which the referring court must examine the pricing practice at issue in the main proceedings in order to establish whether it constitutes an abuse of any dominant position that may be held by *TeliaSonera*." (Undirstrikun Samkeppniseftirlitsins)

Í mgr. 55-56 í dómnum er til viðbótar tekið fram að markaðsráðandi fyrirtæki getur misnotað stöðu sína ef það selur vöru á óhagstæðum (e. *disadvantageous*) kjörum.

Ljóst er samkvæmt þessu að m.a. skiptir máli að horfa til hinnar gríðarlega sterku stöðu MS (og veikrar stöðu Mjólkú I og Mjólkurbúsins) þegar lögmæti viðskiptakjara MS í sölu á grundvallarhræfni í mjólkuriðnaði eru metin með þessum hætti, sbr. kafla V. 1 hér að framan.

Mjólk í lausu máli, sem verðlagsnefnd búvara verðlagði á rannsóknartímabilinu, er gerilsneydd nýmjólk ætluð til neyslu og sölu á smásöllumarkaði. Hún er t.d. seld til íblöndunar annarra vara og til mótuneyta. Mjólk í lausu máli er þannig vara sem þegar hefur fengið vinnslu í afurðastöð og því augljóslega dýrari en hrámjólk enda ólíkur kostnaðargrundvöllur þar að baki. Þegar MS seldi Mjólkú I og Mjólkurbúinu hrámjólk kaus fyrirtækið að styðjast við þessa heildsöluverðlagningu verðlagsnefndar á unninni vöru.

Samkeppniseftirlitið óskaði eftir því við atvinnu- og nýsköpunarráðuneytið, í hinu eldra máli, að gerð yrði grein fyrir skilgreiningu og sundurliðun á þeim kostnaðarliðum sem standa á bak við útreikning verðlagsnefndar á mjólk í lausu máli. Þær skýringar staðfesta að tilvísun MS til þessarar verðlagningar verðlagsnefndar getur ekki staðist þegar fyrirtækið selur hrámjólk til keppinauta. Ákvörðun verðlagsnefndar búvöru frá 12. mars 2014 staðfestir einnig að þessi viðskiptakjör MS voru ekki málefnaleg. Eins og áður hefur komið fram ákvað verðlagsnefndin þá í fyrsta sinn heildsöluverð á hrámjólk (ógerilsneyddri mjólk í lausu máli.) Að teknu tilliti til mismunandi kostnaðar er gerilsneydd mjólk í lausu máli að mati nefndarinnar 10,5% dýrari en hrámjólk.

Skýringar MS á þessum viðskiptakjörum sínum hafa verið mjög á reiki og framaganga fyrirtækisins ekki trúverðug að þessu leyti. Eins og að framan segir kvaðst MS ekki búa yfir neinum samtímagögnum sem fjalla um þá ráðstöfun að selja ótengdum aðilum hrámjólk á verði unninnar og þar með á umtalsvert hærra verði en til tengdra aðila. Ástæða þess að engin gögn eru fyrir hendi er sögð vera sú að verðið hafi verið ákveðið af verðlagsnefnd búvara. Byggir MS á því að á rannsóknartímabilinu hafi verðlagsnefndin aðeins ákveðið „*eitt verð*“ sem tók til bæði hrámjólkur og nýmjólkur í lausu máli. Þetta sjónarmið MS er í beinu ósamræmi við úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2014 og gögn frá verðlagsnefnd búvöru. Vísast hér til bréf formanns nefndarinnar frá 10. desember 2013



og til fundagerða nefndarinnar frá 8. janúar 2014<sup>274</sup>, 17. febrúar 2014<sup>275</sup> og 12. mars 2014.<sup>276</sup>

Ekki er því unnt að fallast á skýringu MS um „*eitt verð*“ fyrir 12. mars 2014 og sérstaka verðákvörðun eftir það. Sú skýring er ótrúverðug og í ósamræmi við bæði skýringar og gerðir verðlagsnefndar. Til viðbótar má árétta að nefndinni er skylt lögum samkvæmt við ákvörðun heilðsöluverðs að líta m.a. til rökstuddra upplýsinga um „*kostnað við vinnslu*“. Í staðhæfingu MS um „*eitt verð*“ felst að nefndin hafi ekki farið að lögum og verðlagt hrámjólk á verði sem miðast við unna vöru og hún þannig látin bera meiri kostnað en henni bar. Slíkt stenst ekki og þegar verðlagsnefndin í fyrsta sinn ákvað heilðsöluverð á hrámjólk var það lægra heldur en heilðsöluverðið á þeirri gerilsneyddu.

MS er öflugt fyrirtæki og verður að telja að það hafi mikla þekkingu á mjólkuriðnaði og mjólkurviðskiptum. Þá sátu starfsmenn MS í verðlagsnefnd búvöru á rannsóknartímabilinu. MS gat því ekki dulist að heilðsöluverð verðlagsnefndar búvara á gerilsneyddri mjólk í lausu máli tók ekki til sölu á hrámjólk til annarra afurðastöðva.

Það er niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að MS hafi ekki sett fram nein málefnaleg sjónarmið sem geta réttlætt þessi viðskiptakjör gagnvart fyrirtækjum sem voru bæði háð MS um hrámjólk og í samkeppni við MS og tengd fyrirtæki á næsta sölustigi fyrir neðan.

Í máli þessu liggur fyrir að MS hefur, án málefnalegra raka, kosið að miða verðlagningu á hrámjólk við verðlagningu verðlagsnefndar á gerilsneyddri mjólk í lausu máli. Eins og fyrr sagði komst verðlagsnefnd búvara að þeirri niðurstöðu að verð á gerilsneyddri mjólk í lausu máli skyldi vera 10,5% hærra á hvern lítra en verð á hrámjólk. Samkvæmt því virðist sem MS hafi selt Mjólkurbúinu og áður Mjólk 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 Mjólk 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. Þessi verðlagning MS til Mjólkurbúsins (og áður Mjólk I) bendir til þess að fyrirtækið hafi að vissu marki verið knúið til að greiða tvisvar fyrir sömu kostnaðarliðina. Það er því niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að þessi viðskiptakjör MS hafi ekki verið í samræmi við raunverulegar kostnaðarforsendur og að keppinautar MS hafi að þessu leyti þurft að greiða óeðlilega hátt verð fyrir þetta grundvallarhráefni. Eru þetta án efa óhagstæð viðskiptakjör í skilningi samkeppnisréttarins.

<sup>274</sup> Á fundi verðlagsnefndar þann 8. janúar 2014 er gerð grein fyrir beiðni afurðarstöðvarinnar Örnú ehf. „*um ákvörðun á verði óunninnar hrámjólkur til vinnslu.*“ Var löggiltum endurskoðanda falið að koma með tillögu til nefndarinnar.

<sup>275</sup> Á fundi verðlagsnefndar 17. febrúar 2014 er gerð grein fyrir tillögum endurskoðandans: „*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 töflur 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.*“

<sup>276</sup> Á fundi nefndarinnar 12. mars 2014 var „*tillaga um verðlagningu á ógerilsneyddri mjólk í lausu máli til vinnslu*“ samþykkt samhljóða. Lítri af því hráefni var verðlagður á 91,4 kr. en á sama tíma var verð á gerilsneyddri mjólk í lausu máli 101 kr./ltr. Hin unna vara var því 10,5% dýrari en sú ógerilsneydda.



Hér að framan hefur verið lýst yfirburðum MS og veikri samkeppni á hinum skilgreinda markaði málsins. Það er niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að með þessu verklagi hafi MS vegið mjög að samkeppnisstöðu Mjólku I og Mjólkurbúsins sem voru háð MS um aðgang að þessu hráefni. Af þessum viðskiptakjörum MS hafi einnig leitt að þegar verð á gerilsneyddri mjólk í lausu máli hækkaði 1. ágúst 2009 hafi að sama skapi hækkað það verð sem Mjólka I greiddi MS fyrir hvern lítra af hrámjólk. Verð innan MS samstæðunnar og til tengdra aðila hækkaði hins vegar ekki. Það er niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að þetta hafi verið til þess fallið að gera samkeppnisstöðu Mjólku I enn erfiðari.

Mjólka I og Mjólkurbúið voru keppinautar MS. Það er niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að með því að selja þessum keppinautum mikilvægt hráefni á verði unninnar vöru hafi MS bætt stöðu sína á markaði með aðgerð sem byggðist ekki á rekstrarlegri frammistöðu félagsins. Voru þessi ómálefnalegu viðskiptakjör ekki í samræmi við þær ríku skyldur sem hvíldu á MS á rannsóknartímabilinu sem markaðsráðandi fyrirtæki skv. 11. gr. samkeppnislaga.

Af þessu leiðir að ef horft er á umrædd viðskiptakjör MS gagnvart keppinautum, ein og sér, leiðir það einnig til þeirrar niðurstöðu að fyrirtækið hafi framið alvarleg brot á 11. gr. samkeppnislaga.

Framangreind umfjöllun Samkeppniseftirlitsins kom fram í andmælaskjali þess frá 22. október 2015. Með sama hætti og varðandi umfjöllun um verðþrýsting kaus MS að setja ekki fram efnislega umfjöllun um hana. Stendur hún því óhögguð.

## **6. Niðurstaða um brot MS á 11. gr. samkeppnislaga**

Í upphafi árs 2013 hóf Samkeppniseftirlitið rannsókn á ætluðum brotum MS á banni 11. gr. samkeppnislaga við misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Tildrög rannsóknarinnar voru að Mjólkurbúið kvartaði yfir því að þurfa að greiða MS 17% hærra verð fyrir hrámjólk af MS en keppinautar Mjólkurbúsins sem eru tengdir MS þyrftu að greiða. Í málinu var einnig tekinn til skoðunar sambærilegur verðmunur á hrámjólk frá MS, til annars vegar Mjólku I og Mjólkurbúsins og hins vegar til KS og Mjólku II. Þá var einnig metinn sá munur sem var á verði hrámjólkur sem fór beint til vinnslu hjá MS og KS og því verði sem Mjólku I og Mjólkurbúinu stóð til boða frá MS. Samanburðurinn tók einnig til þess hvort verðlagning MS hafi verið ákveðin með hlutlægum hætti á þessu mikilvæga hráefni sem hrámjólk er til eigin vinnslu og tengdra aðila annars vegar og til keppinauta hins vegar. Mjólkurbúið hefur talið að með þessum mun á hráefnisverði til vinnsluaðila væri MS að misnota markaðsráðandi stöðu sína gagnvart minni keppinautum.

Með breytingum á búvörulögum á árinu 2004 var ákvæðum samkeppnislaga sem ætlað er að vinna gegn samkeppnishamlandi samruna og tilteknu samráði vikið til hliðar á mjólkurmarkaði. Fyrir breytingarnar voru starfandi fimm mjólkurafurðastöðvar hér á landi en samrunar sem ekki hefur verið unnt að hlutast til um á grundvelli samkeppnislaga hafa leitt til því sem næst einokunarstöðu MS og tengdra félaga í vinnslu og heildsöludreifingu á mjólkurafurðum. Hafa KS og MS með sér mikið samstarf í framleiðslu og sölu á



mjólkurafurðum og auk þess á KS 10% hlut í MS. Af hálfu MS er sagt að líta beri á MS, KS og Mjólku undir eignarhaldi KS sem eina „viðskiptalega heild.“

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 26/2014 var talið leitt í ljós að MS hefði beitt Mjólku I og síðar Mjólkurbúið ólögmaetri verðmismunun við heildsölu á hrámjólk. Þurftu þessi ótengdu fyrirtæki að greiða mun hærra verð fyrir þetta hráefni heldur en KS, Mjólka II og MS sjálft. Var þessi mismunun í hráefnisverði talin til þess fallin að veikja Mjólku I sem keppinaut MS og tengdra félaga og stuðla að því að þáverandi eigendur félagsins neyddust til að selja það til KS. Einnig var verðmismunurinn talinn til þess fallinn að veikja með ólögmaetum hætti stöðu Mjólkurbúsins. Eftir að Mjólka I komst í eigu KS fékk félagið, þá Mjólka II, hrámjólk á allt öðru og lægra verði en áður frá MS, en þegar félagið var keppinautur MS og KS á mjólkurvörumarkaði.

Hrámjólk er grundvallar hráefni til vinnslu mjólkurafurða og hefur mismunun í verðlagningu hennar augljós áhrif á möguleika þess fyrirtækis sem sætir henni til þess að keppa. Umræddir keppinautar MS þurftu 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 keppinautum. Með þessu móti var geta þeirra til þess að keppa við MS og tengd félög skert með alvarlegum hætti og markaðsráðandi staða MS samstæðunnar varin. Er það til þess fallið að skaða á endanum hagsmuni neytenda.

MS bar því við að breytingarnar á búvörulögum 2004 hefðu þau áhrif að umrædd verðmismunun geti ekki falið í sér brot á samkeppnislögum. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins var rökstutt að það hafi ekki verið tilgangur löggjafans að markaðsráðandi afurðastöðvar í mjólkuriðnaði væru undanþegnar banni samkeppnislaga við misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Gildi því sömu reglur um MS að þessu leyti og gilda gagnvart markaðsráðandi fyrirtækjum í öðrum atvinnugreinum.

Var það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins í ákvörðun nr. 26/2014 að MS hefði með alvarlegum hætti brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga.

MS skaut umræddri ákvörðun til áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Fyrir áfrýjunarnefnd lagði MS í fyrsta sinn fram tiltekið gagn, samkomulag félagsins við Kaupfélag Skagfirðinga frá 15. júlí 2008. Undir rannsókn málsins hafði MS aldrei vísað til eða greint Samkeppniseftirlitinu frá þessum samningi, þrátt fyrir að Samkeppniseftirlitið hefði ítrekað óskað eftir skýringum og gögnum frá MS vegna umræddrar verðlagningar. Í úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 5/2014 sagði um þetta:

*„Þótt ekki hafi komið haldbærar skýringar á því hjá áfrýjanda hvers vegna bæði samningurinn hafi ekki verið lagður fram við meðferð málsins hjá Samkeppniseftirlitinu né grundvallargögn um efndir hans og uppgjör hjá áfrýjunarnefndinni telur nefndin sér skylt á grundvelli rannsóknarreglu stjórnsluréttar að koma málinu í þann farveg að upplýst sé um þessi atriði. Við munnlegan málflytning skýrðist málið ekki frekar að þessu leyti. Við svo búið telur áfrýjunarnefndin sér ekki unnt að taka efnislega afstöðu til málsins. Verður því ekki komist hjá því að ógilda hinn kærða úrskurð Samkeppniseftirlitsins og leggja fyrir eftirlitið að taka á ný afstöðu til málsins“*



*að undangenginni frekari rannsókn og að fengnum sjónarmiðum er varða þýðingu sammingsins á milli áfrýjanda og KS frá 15. júlí 2008, uppgjöri á milli aðila hans og efdum á því tímabili sem meint brotastarfsemi stóð yfir."*

Áfrýjunarnefnd lagði fyrir Samkeppniseftirlitið að taka á ný afstöðu til málsins að undangenginni frekari rannsókn og að fengnum sjónarmiðum er varða þýðingu samkomulagsins á milli MS og KS frá 15. júlí 2008, uppgjöri á milli aðila hans og efdum á rannsóknartímabilinu. Einnig taldi nefndin að skoða yrði hvaða þýðingu það hafi að Mjólka II, sem ekki var aðili að umræddum samningi KS og MS frá júlí 2008, hafi notið góðs af hinu lægra verði.

Þessi ákvörðun er tekin að undangenginni þessari nýju rannsókn og er rituð á grundvelli þeirra gagna sem lágu fyrir í hinu eldra máli og gagna sem aflað í kjölfar úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins er að MS hafi ekki notið undanþágu frá samkeppnislögum í máli þessu á grundvelli búvörulaga, sbr. kafla II hér að framan. Þá er það einnig niðurstaða eftirlitsins að MS hafi verið í markaðsráðandi stöðu og í raun í einstaklega sterkri stöðu, sbr. kafla III. Umfjöllun í köflum IV. og V. 1-3 leiðir til þeirrar niðurstöðu að á rannsóknartímabilinu hafi MS brotið gegn c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga.

Í kafla II. 4 og áfram er gerð grein fyrir gögnum sem aflað var í kjölfar úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Einnig er fjallað um þýðingu þessara gagna í kafla IV. 3. Sýnir þessi umfjöllun að þetta brot MS hafi verið enn alvarlegra en lagt var til grundvallar í ákvörðun nr. 26/2014. Hér skiptir m.a. máli að hin nýju gögn sýna með ótvíræðum hætti að verðlagning MS á hrámjólki til tengdra aðila hafði ekki þann tilgang að leiðrétta framlegð þeirra í verkaskiptingu mjólkurvara. Kom og í ljós að KS (og Mjólka II) sérhæfðu sig ekki í framleiðslu á framlegðarlágum vörum heldur öfugt. Hin raunverulega verkaskipting fólst nánar tiltekið í því að MS tók yfir framleiðslu á fáeinum ferskvörum með lága framlegð en á móti féll í hlut KS að selja rifost og aðrar mjólkurafurðir með háa framlegð. Framlegðarskipti MS og KS voru ekki gerð á grundvelli verkaskiptingar heldur miðuðust við að skipta heildarafkomu greinarinnar á milli þessara tengdu aðila óháð hinni afmörkuðu verkaskiptingu. Af gögnum málsins verður ekki dregin önnur ályktun en að sú ráðstöfun að selja KS hrámjólki á hinu lága verði hafi haft þann tilgang að veita KS aukinn slagkraft til þess að keppa við minni keppinauta á markaði sem sérhæfðu sig í framleiðslu á framlegðarháum vörum á markaði og þá sér í lagi Mjólku I. Til viðbótar var sá keppinautur (og síðar Mjólkurbúið) beittur umtalsverðri verðmismunun í hráefnisverði sem að auki leiddi til þess að keppinautar urðu fyrir verðþrýstingi á markaði. Þetta, ásamt verðhækkun MS á hrámjólki um mitt ár 2009, veikti Mjólku I verulega sem keppinaut. Eftir að Mjólka I var keypt af KS í árslok 2009 hófu MS og KS síðan að skipuleggja verðhækkun á framlegðarháum vörum þ.e. hinum svokölluðu frjálsu vörum þegar þeim stóð ekki lengur ógn af samkeppni á markaði. Hafist var þá handa um að skipta heildarafkomu greinarinnar í hlutfalli af eignarhluta Auðhumlu og KS í MS þ.e. í hlutföllunum 90% og 10%.

Fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála hélt MS því fram að rétta nálgunin við mat á háttsemi fyrirtækisins væri að meta hvort hún hefði falið í sér ólögmetan verðþrýsting. Samkeppniseftirlitið hefði ranglega beitt c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga þar sem það hefði ekki getað sýnt fram á ólögmetan verðþrýsting.





Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á túlkun MS á c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga og er það sem fyrr segir niðurstaða eftirlitsins að MS hafi brotið gegn því ákvæði.

Umfram skyldu var hér að framan einnig lagt mat á háttsemi með hliðsjón af reglum samkeppnisréttarins um verðþrýsting og óhagkvæm viðskiptakjör, sbr. kafla V. 2 hér að framan. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins er að háttsemi MS hafi einnig falið í sér alvarleg brot væru þeir mælikvarðar lagðir til grundvallar, sbr. 4. og 5. mgr. í kafla V.

Með vísan til þess sem að framan hefur verið rakið er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að brot MS felist í ólögum verðmismun skv. c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Umfjöllunin í köflum V. 4 og 5 dregur hins vegar einnig skýrt fram hversu ómálefnalegum og samkeppnishamlandi aðgerðum MS beitti Mjólku I og síðar Mjólkurbúinu.



## VI. BROT GEGN 19. GR. SAMKEPPNISLAGA

Eftirlit samkeppnisyfirvalda með því að fyrirtæki fari að ákvæðum samkeppnislaga er háð því að þau geti aflað upplýsinga um hegðun fyrirtækjanna á markaði.<sup>277</sup> Af þessum sökum er í 19. gr. samkeppnislaga mælt fyrir um heimildir samkeppnisyfirvalda til að afla gagna og upplýsinga. Í 1. mgr. 19. gr. laganna segir að Samkeppniseftirlitið geti krafist fyrirtæki um allar upplýsingar sem nauðsynlegar þykja við athugun einstakra mála. Þá er í 2. mgr. 19. gr. kveðið á um að Samkeppniseftirlitið geti með sömu skilyrðum og í 1. mgr. krafist þess að fá gögn afhent til athugunar.

Á grundvelli 19. gr. samkeppnislaga er fyrirtækjum skylt að veita réttar upplýsingar og óheimilt að afvegaleiða Samkeppniseftirlitið með staðhæfingum sem eru tvíræðar eða beinlínis rangar, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2012.<sup>278</sup> Aftur á móti er fyrirsvarsmönnum fyrirtækja ekki skylt „að tjá sig um spurningar og upplýsingar sem fela í sér huglægt mat um það hvort brotið hafi verið gegn samkeppnislögum“, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004.

Við beitingu 19. gr. samkeppnislaga hefur þýðingu hvort fyrirtæki er í markaðsráðandi stöðu. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2012 segir:

*„Fallist er á með Samkeppniseftirlitinu að það hvíli rík skylda á áfrýjanda sem markaðsráðandi aðila að halda saman fullnægjandi upplýsingum um kostnað sinn þannig að hægt sé að rekja hvort verðákvæðanir séu málefnalegar m.t.t. þeirra reglna sem gilda um aðila í slíkri stöðu.“*

Þá ber að horfa til þess að beiðni samkeppnisyfirvalda samkvæmt 19. gr. samkeppnislaga felur í sér „skyldu fyrir móttakanda hennar að verða við henni nema annað sé skýrt tekið fram. Kemur það raunar fram í lagagreininni að umbeðnar upplýsingar skuli gefnar og umbeðin gögn skuli afhent innan hæfilegs frests ...“, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004.

Brot á skyldu til að veita upplýsingar og afhenda gögn getur varðað viðkomandi fyrirtæki stjórnvaldssektum eða dagsektum, sbr. i. lið 1. mgr. 37. og 38. gr. samkeppnislaga. Þá getur ófullnægjandi, röng eða villandi upplýsingagjöf samkvæmt 19. gr. samkeppnislaga varðað viðkomandi fyrirtæki og/eða starfsmenn þess refsingu og hið sama gildir ef gögn eru eyðilögð eða þeim komið undan, sbr. 41. gr. b laganna. Er ákvæðum þessum ætlað að tryggja fullnægjandi og skilvirka upplýsingagjöf fyrirtækja.

Verður nú lagt mat á það hvort MS hafi brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga.

<sup>277</sup> Sjá í þessu sambandi úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2011.

<sup>278</sup> Samskonar sjónarmið eru lögð til grundvallar í EES/ESB-samkeppnisrétti. Í mgr. 21 í ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 25. nóvember 1981 í máli nr. IV/29.895-Telos segir: „Any statement is incorrect which gives a distorted picture of the true facts asked for, and which departs significantly from reality on major points. Where a statement is thus false or so incomplete that the reply taken in its entirety is likely to mislead the Commission about the true facts, it constitutes incorrect information within the meaning of Article 15 (1) (b).“



## 1. Upplýsingagjöf MS

Í máli því sem Samkeppniseftirlitið lauk með ákvörðun nr. 26/2014 lagði MS ekki fram Framlegðar- og verkaskiptasamkomulag milli fyrirtækisins og KS frá 15. júlí 2008. MS vísaði heldur ekki til samkomulagsins eða upplýsti að öðru leyti um efni eða tilvist þess er Samkeppniseftirlitið bað fyrirtækið um útskýringar. Samkomulagið var fyrst lagt fram með kæru MS til áfrýjunarnefndar samkeppnismála þar sem það var „skýrlega“ talið sýna fram á atriði til stuðnings því að fyrirtækið hefði ekki brotið 11. gr. samkeppnislaga. Í ljósi þessa mælti áfrýjunarnefnd samkeppnismála fyrir um það að Samkeppniseftirlitið skyldi rannsaka umrætt samkomulag nánar. Er vikið að þýðingu þess hér að framan þar sem komist er að þeirri niðurstöðu að MS hafi beitt keppinauta sína mismunun í verði á hrámjólk.

Upplýsingar um tilvist og efni samkomulagsins gefa tilefni til þess að fara yfir hvernig MS hefur orðið við upplýsinga- og gagnaöflunarbeiðnum Samkeppniseftirlitsins.

Í athugasemdum MS er því haldið fram að félagið hafi ekki brotið 19. gr. samkeppnislaga. Samkeppniseftirlitið hafi ekki krafist MS um upplýsingar sem félagið hafi ekki veitt eða gögn sem félagið hafi ekki afhent. Þá hafi félagið heldur ekki veitt rangar eða misvísandi upplýsingar eða leynt gögnum gegn betri vitund. Nánari grein er gerð fyrir sjónarmiðum MS hér á eftir.

Áður en fjallað verður um gagnaöflun Samkeppniseftirlitsins í því máli sem lauk með ákvörðun nr. 26/2014 er samhengisins vegna rétt að fjalla um gagnaöflun í því máli sem lauk með ákvörðun nr. 17/2010, *Rannsókn Samkeppniseftirlitsins á meintri misnotkun Mjólkursamsölnunnar ehf. á markaðsráðandi stöðu*. Í málinu verður þó ekki tekin afstaða til þess hvort MS hafi brotið 19. gr. samkeppnislaga í síðarnefnda málinu.

### 1.1 Rannsókn sem leiddi til ákvörðunar nr. 17/2010

Í ákvörðun nr. 17/2010 var fjallað um hvort MS hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína. Í málinu var ekki til skoðunar sambærilegt brot á 11. gr. samkeppnislaga og í þessu máli, enda höfðu hvorki Samkeppniseftirlitið né keppinautar MS, og tengdra aðila, verið upplýstir um þá verðmismunun sem hafði átt sér stað við sölu á hinu mikilvæga aðfangi hrámjólk. Við rannsókn málsins fór fram umtalsverð gagnaöflun auk þess sem gerð var húsleit hjá MS í júní 2007. Við meðferð málsins var Samkeppniseftirlitið ekki upplýst um skriflega samninga á milli KS og MS en tekið fram að MS geri almennt ekki skriflega samninga við viðskiptamenn sína.

Í mars til október 2009 sendi Samkeppniseftirlitið upplýsinga- og gagnaöflunarbeiðnir til bæði MS, KS og Mjólku I sem og til yfir 50 viðskiptavina MS. Var gagnaöflunin liður í rannsókn eftirlitsins á þeim viðskiptakjörum sem MS bauð viðskiptavinum sínum á markaðnum.

#### *Bréf MS frá 8. apríl 2009*

Samkeppniseftirlitið sendi MS bréf, dags. 12. mars 2009, þar sem á grundvelli 19. gr. samkeppnislaga var óskað eftir lista yfir 50 stærstu viðskiptamenn MS allt frá ársbyrjun 2005 til og með 12. mars 2009 á tilteknum mjólkurafurðum, þ.m.t. öllum mozzarellaosti. Í framangreindu bréfi Samkeppniseftirlitsins var lögð áhersla á að öll þau gögn og



upplýsingar sem fyrir hendi væru og féllu undir framangreinda upplýsingabeidni skyldu berast eftirlitinu.

Í bréfi MS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 8. apríl 2009, voru einungis tiltekin viðskipti við Skagfirðingabúð KS á mozzarellaosti rakin og var KS sagt vera í 47. sæti yfir mikilvægustu viðskiptavinum MS á þeirri mjólkurafurð. Engin gögn bárust um viðskiptakjör og samstarf á milli MS og KS, þ.m.t. um verkaskiptingu í framleiðslu á mozzarellaosti sem flutt var til MS á Egilstöðum og heildsölu MS á mozzarellaosti til KS til rifostagerðar. Þrátt fyrir það hafði MS gert skriflega viðskiptasamninga við KS sem höfðu að geyma umfangsmikil og víðtæk viðskipti milli félaganna með hráefni og mjólkurafurðir. Eru þessir samningar eftirfarandi en einnig hefur ítarlega verið fjallað um þá í kafla II. hér að framan:

1. Undirritað Framlegðar- og verkaskiptasamkomulag MS og KS, dags. 15. júlí 2008 (sá samningur sem barst áfrýjunarnefnd samkeppnismála).
2. Undirritaður samningur á milli MS og KS, dags. 26. febrúar 2009, um breytingu á viðskiptakjörum í Framlegðar- og verkaskiptingarsamningi MS og KS frá 15. júlí 2008 (misritað 2009 í samningi).
3. Undirritað samkomulag á milli KS og MS, dags. 12. mars 2009, um framleiðslu, vinnslu og pökkun á rifostum úr mozzarella og öðrum ostum ásamt viðskiptakjörum og verði á viðkomandi vörum þegar sala á sér stað á milli MS og KS.

#### *Bréf MS frá 3. júlí 2009*

Í framhaldi af bréfi Samkeppniseftirlitsins til MS, dags. 12. mars 2009, sendi eftirlitið annað bréf til MS, dags. 8. júní 2009, þar sem óskað var upplýsinga um viðskiptakjör félagsins og afslætti til viðskiptamanna með vísan til 19. gr. samkeppnislaga. Óskað var eftir upplýsingum um með hvaða hætti MS kynnti viðskiptavinum sínum möguleg afsláttakjör. Óskað var eftir upplýsingum um viðskiptavinum sem höfðu sett sig í samband við MS og upplýst MS um betri kjör sín annarsstaðar. Loks var óskað eftir öllum gögnum sem tengjast útreikningum MS á forsendum afsláttar fyrirtækisins og upplýsingum um kostnaðarverð tiltekinna mjólkurvara og framlegð þeirra.

Framangreindir þrír samningar MS við KS sem höfðu m.a. að geyma sértæk viðskiptakjör voru ekki afhentir í kjölfar gagnabeidninnar. Þá má benda á að samkomulaginu frá júlí 2008 var ætlað að hafa áhrif á framlegð MS af sölu mjólkurvara enda tekið fram í 1. gr. þess að samningsforsendur skulu „*stuðla að jöfnun framlegðar milli mjólkurvara.*“ Vísast um þessi atriði til kafla II. 5 og áfram í ákvörðun þessari.

Í framangreindu bréfi Samkeppniseftirlitsins til MS þann 8. júní 2009 var einnig óskað eftir öllum gögnum er varða afsláttarkjör félagsins og markaðsstuðning o.þ.h. til þeirra viðskiptavina sem höfðu sett sig í samband við MS.

Í svari MS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 3. júlí 2009, staðhæfði félagið eftirfarandi:

*„MS hefur almennt ekki gert sérstaka skriflega samninga við viðskiptavinum sína heldur eru afsláttarkjör viðskiptavina byggð á afsláttarkerfum sem eru í gildi hjá fyrirtækinu.“*



Engir skriflegir viðskiptasamningar bárust Samkeppniseftirlitinu með bréfi MS enda staðhæft að MS gerði almennt ekki skriflega samninga. Í bréfinu var tekin saman lýsing á afsláttarkerfi félagsins sem tók gildi í júní 2008 þegar sölukerfi MS, Osta- og smjörsölunnar og Norðurmjólkur voru sameinuð í eitt kerfi í Navision eins og segir í bréfi MS. Um hafi verið að ræða tilboðs- og dreifingarafslætti sem voru á bilinu [ ]<sup>279</sup> hverju sinni, viðskiptaafslætti sem reiknast af heildarinnkaupum viðskiptavina óháð fjölda afgreiðslna og hafi verið frá [ ]<sup>280</sup>, magnafslætti sem taki mið af verðmæti hverrar afgreiðslu (afhendingu) sem hafi verið allt að [ ]<sup>281</sup> á fyrirfram ákveðnu magni sem öllum stæði til boða.

Eins og sjá má hér að framan eru framangreind [ ]<sup>282</sup> umboðslaun KS vegna sölu á mjólkurafurðum MS hliðstæð almennum afsláttarkjörum sem í gildi voru hjá MS á þessum tíma. Umrædd kjör á milli MS og KS hafa auk þess ýmist verið nefnd umboðslaun eða afsláttur, sbr. bréf KS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 14. júlí 2009 hér síðar.

Eins og nú hefur komið í ljós voru til staðar samningar á milli MS og KS og þar á meðal umrætt samkomulag frá júlí 2008 sem hafði verið í gildi í um eitt ár á þeim tíma þegar MS staðhæfði að ekki væru til skriflegir samningar við viðskiptavini félagsins. Því til viðbótar var til staðar skriflegur samningur, dags. 26. febrúar 2009, um umboðslaun í innbyrðis viðskiptum MS og KS með mjólkurafurðir og millifærslur fjármuna milli félaganna þeim tengd. Þá var einnig til staðar samningur á milli MS og KS frá 12. mars 2009 varðandi tilflutning á framleiðslu KS á mozzarellaosti til MS Egilsstaða og viðskipti með hann til KS til rifostagerðar. Í samningi frá 12. mars 2009 var samið um sölu á öllum mozzarellaosti MS til KS á tilteknum kjörum (ásamt hrámmjólk á lágmarksverði til bænda) og verðlagningu KS á rifnum osti til MS með því að fastsetja framlegð fyrir framleiðslu á rifnum osti KS og ostasneiðum MS við ákveðið hlutfall. Engar upplýsingar bárust Samkeppniseftirlitinu um framangreind viðskipti og viðskiptakjör, hvorki skrifleg né efnisleg. Þessar upplýsingar hefðu getað haft áhrif á niðurstöðu þeirrar rannsóknar sem þá stóð yfir.

#### *Bréf KS frá 14. júlí 2009*

Hér er einnig rétt, samhengisins vegna, að gera grein fyrir upplýsingum sem KS veitti á þessum tíma vegna rannsóknar á ætluðum brotum MS á 11. gr. samkeppnislaga.

Með bréfi til KS, dags. 8. júní 2009, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir afriti af „*öllum samningum*“ (segir í bréfinu að með samningum væri átt við allar tegundir samninga, s.s. formlega undirritaða samninga, munnlega samninga, tölvupósta o.þ.h.) sem gerðir hefðu verið á milli KS og annars vegar MS og hins vegar Mjólkur sem hefðu verið í gildi frá ársbyrjun 2005 til 8. júní 2009. Tók þessi gagnabeiðni samkvæmt orðalagi sínu m.a. til allra samninga milli MS og KS á umræddu tímabili sem lutu að viðskiptakjörum KS við MS. Lögð var í bréfinu mjög rík áhersla á að KS myndi veita réttar upplýsingar að þessu leyti, sbr. lið 1. b í bréfinu. Þá var KS jafnframt upplýst um efnislega þýðingu gagnabeiðninnar þar sem tekið var fram í bréfinu að mikilvægt væri að „*vandað verði til gagnaöflunar í máli þessu til að ganga úr skugga um hvort viðskiptahættir MS kunni að fela í sér*

<sup>279</sup> Trúnaðarmál.

<sup>280</sup> Trúnaðarmál.

<sup>281</sup> Trúnaðarmál.

<sup>282</sup> Trúnaðarmál.



samkeppnishamlandi aðgerðir og þannig hugsanlega falið í sér útilokun annarra keppinauta MS á umræddum markaði."

Með bréfi kaupfélagsstjóra KS frá 16. júní 2009 var óskað eftir frekari fresti til að svara bréfi Samkeppniseftirlitsins. Í svari aðstoðarkaupfélagsstjóra KS til Samkeppniseftirlitsins í bréfi, dags. 14. júlí 2009, segir m.a.:

*„Fyrirkomulag innkaupa Kaupfélags Skagfirðinga (KS) frá Mjólkursamsölonni svf. og Mjólkursamsölonni ehf. frá 1. janúar 2007, hefur verið með þeim hætti að öll innkaup eru á hendi Mjólkursamlags KS (MKS) sem síðan dreifir því til verslana KS ... Kjör innkaupa MKS hafa allan þann tíma sem spurt er um verið með þeim hætti að keypt er inn á verðlistaverðum MS að frádregnum afslætti á hverjum tíma sem á að dekka kostnað og umsýslu. Fyrir tíma núverandi MS var afslátturinn gefinn eftirá eftir vöruflokkum og tókum við saman einn mánuð til að sýna þá framkvæmd og eru þau gögn meðfylgjandi. Frá 1. janúar 2007 hefur verið gefinn yfir línua (svo) afsláttur á öllum endursöluvörum frá verðlistaverði, en afslátturinn var í upphafi árs 2007 [ ]<sup>283</sup> en hefur lækkað niður í [ ]<sup>284</sup> til dagsins í dag. ...*

*Viðskiptakjörin sem greint er frá í þessu erindi hafa alltaf verið munnleg og ekki til um þau skriflegir samningar. Eftir eftirgrennslan mína þá kemur í ljós að engir formlegir eða óformlegir samningar, umfram það sem greint er frá hér að ofan og er með óformlegum hætti, eru til í okkar fórum og ekki heldur sem lýtur að framstillingum, kaupum á kælitækjum, markaðsfé eða öðrum markaðsstuðningi enda hefur hann ekki verið til staðar. Ekki hefur verið til staðar magnafsláttur, greiðsluafsláttur, viðskiptaafsláttur, tilboðsafsláttur eða annar afsláttur umfram það sem greint er frá hér að framan. Ekki finnast neinir tölvupóstar, minnispointar eða því um líkt, tengt viðskiptakjörum, afsláttum, markaðsstuðningi eða öðru því sem spurt er um í erindinu við þessa aðila." (Undirstrikun Samkeppniseftirlitsins)*

Eins og sjá má af svari KS hér að framan var við lýði [ ]<sup>285</sup> afsláttur á öllum endursöluvörum MS frá upphafi árs 2007 sem lækkaður var niður í [ ]<sup>286</sup> afslátt sem er í samræmi við samkomulag MS og KS frá 15. júlí 2008 og hefur sá afsláttur gilt allar götur síðan í innbyrðis viðskiptum félaganna. Í ljósi framangreinds fylgdu engir samningar KS við MS með þessu bréfi KS frá 14. júlí 2009.

Í ljósi þeirra upplýsinga sem hafði verið aflað var máli Samkeppniseftirlitsins sem hófst með húsleit í húsakynnum MS þann 5. júní 2007 lokið með ákvörðun nr. 17/2010 þar sem ekki var talin ástæða til frekari aðgerða af hálfu eftirlitsins. Í þessu samhengi er mikilvægt að hafa í huga að bæði MS og KS staðhæfðu að engir skriflegir samningar væri til staðar á milli félaganna og almennt væru slíkir samningar ekki gerðir við viðskiptavinum MS.

<sup>283</sup> Trúnaðarmál.

<sup>284</sup> Trúnaðarmál.

<sup>285</sup> Trúnaðarmál.

<sup>286</sup> Trúnaðarmál.



Sem fyrr segir er í þessu máli ekki tekin afstaða til þess hvort 19. gr. samkeppnislaga hafi verið brotin í aðdraganda ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 17/2010.

## 1.2 Rannsóknin sem leiddi til ákvörðunar nr. 26/2014

Þann 18. desember 2012 sendi Mjólkurbúið m.a. Samkeppniseftirlitinu tölvupóst þar sem sagt var frá því að Mjólkurbúið greiddi 17% hærra verð fyrir hrámjólk frá MS en keppinautar þess.

### 1.2.1 Bréf MS frá 7. janúar 2013

Með tölvupósti Samkeppniseftirlitsins til forstjóra 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. Í tölvupóstinum segir:

*„Samkeppniseftirlitinu hefur borist ábending um meinta mismunun í verðlagningu MS á mjólk til Mjólkurbúsins KÚ ehf. annars vegar (91 kr/ltr) og Mjólku ehf. hins vegar (78 kr/ltr) sbr. meðfylgjandi gögn. Samkeppniseftirlitið óskar skýringa hjá MS hvað valdi ólíku verði sem framar er lýst og skulu þær berast eftirlitinu sem fyrst.“*

Svar MS barst Samkeppniseftirlitinu þann 7. janúar 2013. Í bréfi MS var því haldið fram að um ólík viðskipti væri að ræða. Í tilviki Mjólkurbúsins væri um að ræða sölu á mjólk í lausu máli með afslætti en án frekari kostnaðar og skuldbindinga af hálfu kaupanda. Í tilviki Mjólku væri hins vegar um að ræða miðlun á hráefni til Mjólku á kostnaðargrunni innan viðskiptasambands sem bæri aukakostnað af söfnun, lyfjaeftirliti, gæðaeftirliti, frumvinnslu og dreifingu auk sölutryggingar til bænda. Þá var eftirfarandi staðhæft í bréfinu:

*„Þegar Mjólkursamsalan ehf. var sett á laggirnar 2007 var ákveðin ný verkaskipting milli fyrirtækjanna sem að henni stóðu. Þetta felur meðal annars í sér að afurðastöð Kaupfélags Skagfirðinga svf. á Sauðárkróki er nú nánast eingöngu að framleiða ost með tiltölulega lágri framlegð.“*

Umfjöllun í II. kafla hér að framan sýnir að MS veitti hér rangar upplýsingar enda hafði verkaskiptingin í för með sér að KS einbeitti sér að framleiðslu á framlegðarháum vörum.

Í bréfi MS er hvergi vísað til samkomulagsins frá júlí 2008 eða annarra samninga við KS en þeir hefðu augljóslega verið til þess fallnir að skýra að einhverju leyti hvað olli ólíku verði á hrámjólk til Mjólku II og Mjólkurbúsins.

### 1.2.2 Bréf MS frá 13. febrúar 2013

Með bréfi til Samkeppniseftirlitsins, dags. 18. janúar 2013, kvartaði Mjólkurbúið formlega yfir því að MS hafi brotið gegn m.a. 11. gr. samkeppnislaga með umræddri verðlagningu.

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



Í fyrsta lagi var óskað eftir afriti af reikningum MS til Mjólkurbúsins og Mjólku. Í öðru lagi upplýsingum um hvort um sambærilega mjólk væri að ræða hvað varðar vinnslustig og gæði sem MS afgreiddi til Mjólku annars vegar og Mjólkurbúsins hins vegar. Í þriðja lagi upplýsingum um annan kostnað, ef einhver væri, sem Mjólka bæri vegna afgreiðslu á mjólk frá MS sem innifalinn væri í verði mjólkur til Mjólkurbúsins. Í fjórða lagi var beðið um afrit af gögnum er sýndu greiðslur MS og Auðhumlu, ef einhverjar væru, til Mjólku á tímabilinu frá 1. janúar 2009 til 31. desember 2012. Til viðbótar var í bréfinu „*óskað umsagnar Mjólkursamsölnunnar um erindið að öðru leyti.*”

Svar MS og gögn bárust Samkeppniseftirlitinu með bréfi félagsins, dags. 13. febrúar 2013. Í bréfinu var umræddur munur á verði hrámjólkur skýrður með vísan til 71. gr. búvörulaga. Einnig var aftur staðhæft að samvinna MS og KS byggði á „*framlegðarjöfnun í gegnum hráefnismiðlun til að mæta því að KS hefur fært sig úr framleiðslu á vörum með hærri framlegð í vörur með lægri framlegð.*” MS hlaut að vera ljóst að þessi staðhæfing átti ekki við rök að styðjast enda kemur t.d. skýrt fram í eigin gögnum fyrirtækisins að vörurnar sem KS framleiddi voru framlegðarháar, sbr. nánari umfjöllun hér á eftir.

Í þessu bréfi MS er hvergi vísað til samkomulagsins frá júlí 2008 eða annarra samninga við KS.

#### 1.2.3 Athugasemdir MS frá 14. mars 2014

Í athugasemdum MS við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins frá 14. mars 2014 var m.a. á bls. 10-13 fjallað um samvinnu milli MS, KS og Mjólku II á grundvelli búvörulaga.

Í þeirri umfjöllun var ekki greint frá umræddu samkomulagi frá júlí 2008 eða öðrum samningum við KS sem fjallað er um hér að framan.

#### 1.3 Mál áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 5/2014

Eins og fyrr segir greindi MS í fyrsta sinn frá samkomulaginu við KS frá júlí 2008 í kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Fjallað er um samkomulagið með eftirfarandi hætti á bls. 2-3 í kærinni:

*„Í fjórða lagi er á því byggt af hálfu kæranda að í hinni kærðu ákvörðun hafi SE ekki tekist sönnun þess að kærandi hafi viðhaft ólögmdæta verðmismunun er beint var gegn Mjólku I og Mjólkurbúinu. Þrátt fyrir að kærandi hafi selt sömu vöru til Mjólku II eftir að Kaupfélag Skagfirðinga keypti félagið annars vegar og Mjólku I og Mjólkurbúsins hins vegar, þá voru viðskiptin ekki sambærileg og því var þessum aðilum ekki mismunað með ólíkum viðskiptaskilmálum, auk þess sem samkeppnisstaða síðastgreindu tveggja fyrirtækjanna var ekki veikt gagnvart keppinautum þeirra. Fyrir liggur að viðskipti kæranda við Mjólku II voru gerð upp á grundvelli heildarsamkomulags kæranda og KS um framlegðar- og verkaskiptingu. Hlutdeild Mjólku II í framlegð kæranda vegna ferskvara var þannig greidd til Mjólku II í formi lækkaðs verðs á hrámjólk. Mjólka I og Mjólkurbúið voru ekki þátttakendur í samstarfi þessu og áttu því ekki tilkall til hlutdeildar í framlegð.” (Undirstrikun Samkeppniseftirlitsins)*

Á bls. 18 í kæru segir:





„Líkt og áður hefur komið fram hafa kærandi og KS ásamt Mjólkú II á grundvelli 71. gr. búvörulaga gert með sér samkomulag um verkaskiptingu að því er varðar framleiðslu einstakra mjólkurvara og annars konar samstarf í því skyni sem tilgreint er í lögnum. Á því tímabili sem hin kærða ákvörðun varðar var í gildi á milli kæranda og KS framlegðar og verkaskiptasamkomulag, dags. 15. júlí 2008, með síðari breytingum (fylgiskjal nr. 8).“

Síðan er á sömu bls. gerð grein fyrir 1. gr. samkomulagsins og A-lið og B-lið þess og að því búnu sagt að samkomulagið sýni eftirfarandi ljóslega:

„Það er því ljóst að verðlagning kæranda á hrámjólki til KS og síðar Mjólkú II eftir samruna hennar við KS í árslok 2009 var á umræddu tímabili órjúfanlegur þáttur í samstarfi aðila á grundvelli 71. gr. búvörulaga. Þessi verðlagning var liður í því að jafna mun á framlegð aðila vegna þeirrar verkaskiptingar í framleiðslu mjólkurvara sem kveðið var á um í samkomulaginu. Kærandi telur að grundvallarmisskilningur á umræddum ákvæðum búvörulaga og því samstarfi kæranda og KS sem fer fram á grundvelli þeirra felist í niðurstöðu SE sem birtist m.a. á blaðsíðu 88 í hinni kærðu ákvörðun. Þar segir að SE geti 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. Í ákvörðun SE nr. 40/2009, Samruni KS og Mjólkú ehf./Eyjabú ehf., kemur skýrlega fram að kærandi og umræddir aðilar teljist vegna framangreinds samstarfs einn og sami aðilinn í viðskiptalegu tilliti. Það er í samræmi við skoðun kæranda. Samstarf hans við KS ásamt Mjólkú II felur í sér að félögin deila kjörum og miðlun á mjólk er aðeins einn þáttur þess samstarfs sem fráleitt er að skoða einangrað.“

Á bls. 35-37 í kæru segir:

„Öll framleiðsla ferskvára í samstarfinu var þannig flutt til kæranda, en framlegð af ferskvöru er almennt hærri en framlegð af t.a.m. ostum og viðbiti. Þetta má m.a. glögg sjá á neðangreindum myndum, sem sýna breytingu á heildsöluverði (án vsk.) helstu mjólkurvara samkvæmt ákvörðun verðlagsnefndar búvöru frá upphafi árs 2003 til september 2014...“

Að fyrrgreindu sögðu, sýnir heildsöluverð þessara mismunandi mjólkurvara glögglega að framlegð þeirra vara sem kærandi framleiðir er nokkuð meiri en framlegð þeirra vara sem KS og Mjólkú framleiða. Til þess að samstarfið væri raunhæft og verkaskiptingin hagfelld báðum, urðu aðilar ásáttir um að skipta hinni auknu framlegð sem yrði hjá kæranda. Framkvæmd þessa varð því sú að kærandi miðlaði m.a. hrámjólki til KS og Mjólkú II á verði sem samsvaraði lágmarksverði til bænda. Sé það til að skýra þessa framkvæmd betur má m.ö.o. segja að sú hlutdeild í framlegð sem kæranda bar að greiða KS og Mjólkú II var nettuð á móti keyptri hrámjólk. Það verð sem KS og Mjólkú II að endingu greiddu til MS var þannig lágmarksverð til bænda hverju sinni auk þeirrar framlegðar sem fluttist til kæranda með verkaskiptingunni. Þessi forsenda kemur m.a. skýrlega fram í framlegðar- og verkaskiptasamkomulagi aðila, dags. 15. júlí 2008 (fylgiskjal nr. 8).



*Vegna fyrrgreinds fær sú röksemdafærsla SE ekki staðist að kæranda hafi borið að bjóða Mjólkku I og síðar Mjólkurbúinu sama verð og KS og Mjólkka II greiddu eftir nettun vegna hlutdeildar í framlegð.*" (Undirstrikun Samkeppniseftirlitsins)

Þær myndir sem MS vísar til sýna einungis breytingu á verði tiltekinna mjólkurvara en af þeim verða ekki dregnar ályktanir um tekjur og kostnað og því síður framlegð þeirra. Samkvæmt framansögðu var það ekki rétt hjá MS að samkomulagið frá júlí 2008 hefði leitt til þess að KS hætti framleiðslu á framlegðarháum vörum. Hið öndverða gerðist, sbr. umfjöllun í kafla II hér að framan. KS setti einnig fram rangar upplýsingar fyrir áfrýjunarnefnd að þessu leyti en í úrskurði nefndarinnar segir:

*„Í bréfi KS, dags. hinn 20. október 2014, sem fylgdi kæru, er greint þannig frá tilurð og tilgangi samningsins:*

*„Þegar KS og MS skiptu á milli sín afurðaframleiðslu gerðist það eðlilega að annað félagið tók að sér að framleiða framlegðarháar afurðir en hitt félagið sat uppi með framlegðarlægri vörur ... Forsenda þess að KS samþykkti að hætta framleiðslu á framlegðarháum vörum var að félagið fengi á móti að kaupa mjólk á lægra verði en ella af MS."*

Er síðan í bréfinu vísað til ákvæða samningsins þar sem kveðið var á um fríðindi og sérkjör í viðskiptum sem áttu að bæta framlegðartapið, m.a. eftirfarandi:

*„Til að mæta framlegðartapi KS (samsvarandi framlegðaraukningu MS) vegna breytinga á verkaskiptingu og verðtilfærslu svo og sem lið í framlegðarútföfnun, skal framkvæma eftirfarandi:*

- 1. MS skal selja KS sem nemur allt að 3,5 millj. ltr. af mjólk á ársgrundvelli*
- 2. Verðlagning mjólkurinnar skal taka mið af skráðu lágmarksverði Verðlagsnefndar búvöru fyrir meðalmjólk (afurðastöðvarverð)"*

Samkvæmt framansögðu er einnig ljóst að MS taldi samkomulagið frá júlí 2008 hafa mikla þýðingu við mat á lögmæti aðgerða félagsins. Sama mat kemur fram í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála:

*„Hins vegar byggði áfrýjandi á því að ekki væri unnt að bera söluverð ógerilsneyddu mjólkurinnar til Mjólkku I saman við söluverðið til KS og Mjólkku II. Ástæður þess væru að áfrýjandi og KS hefðu gert með sér samning í júlí árið 2008 þar sem kveðið hefði verið á um ýmsar aðgerðir, m.a. verkaskiptingu á framleiðslu mjólkurafurða. Samningurinn hefði falið í sér að KS hætti að framleiða tilteknar vörur og því hefði þurft að bæta það tekju- og framlegðartap sem af þeirri heimilu verkaskiptingu hlaust. Tapið hefði meðal annars verið bætt með því að selja KS 3,5 milljón lítra af mjólk á verði sem einungis nam frumhráefnisverði, þ.e. því verði sem áfrýjandi greiddi bændum á grundvelli ákvarðana verðlagsnefndar búvara.*

...



*Að mati áfrýjunarnefndarinnar skiptir samningurinn, og ekki síður hvernig hann var framkvæmdur, verulegu máli við úrlausn málsins í ýmsu tilliti. Í fyrsta lagi snertir það beitingu samkeppnislaga andspænis búvörulögum, en í öðru lagi og ekki síður þegar metið er hvort um hafi verið að ræða verðmismunun í raun."*

Við meðferð málsins fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála var MS innt eftir því hvers vegna það hefði ekki upplýst Samkeppniseftirlitið um samkomulagið. Í úrskurði nefndarinnar segir um þetta:

*„Þótt ekki hafi komið haldbærar skýringar á því hjá áfrýjanda hvers vegna bæði samningurinn hafi ekki verið lagður fram við meðferð málsins hjá Samkeppniseftirlitinu né grundvallargögn um efndir hans og uppgjör hjá áfrýjunarnefndinni telur nefndin sér skylt á grundvelli rannsóknarreglu stjórnsluréttar að koma málinu í þann farveg að upplýst sé um þessi atriði. Við munnlegan málflutning skýrðist málið ekki frekar að þessu leyti."*

#### 1.4 Bréf MS frá 28. janúar 2015

Í kjölfar úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála óskaði Samkeppniseftirlitið, með bréfi dags. 19. desember 2014, eftir tilteknum upplýsingum frá MS og gerði félaginu grein fyrir því að til rannsóknar væri m.a. hvort það hefði brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga.

Í bréfi MS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. janúar 2015, segir MS að til þess að um brot á upplýsingaskyldu geti verið að ræða í skilningi 19. gr. samkeppnislaga þurfi Samkeppniseftirlitið að hafa krafið MS um upplýsingar og gögn sem það hafi ekki afhent. Um það segir m.a. í bréfi MS til Samkeppniseftirlitsins:

*„Það liggur því í hlutarins eðli að til þess að um brot á upplýsingaskyldu geti verið að ræða í framangreindum skilningi þarf SE að hafa krafið viðkomandi fyrirtæki um upplýsingar sem það ekki veitti eða gögn sem það ekki afhenti eða það eftir atvikum að hafa veitt rangar eða misvísandi upplýsingar eða gögn gegn betri vitund."*

Í bréfi MS kemur fram að félagið telji að upplýsingabeidnir Samkeppniseftirlitsins hafi í þessu máli verið mjög afmarkaðar og að félagið hafi veitt allar þær upplýsingar og afhent öll þau gögn sem óskað hafi verið eftir. MS tekur fram að þær upplýsingar og öll þau gögn sem afhent hafi verið hafi verið rétt og látin í té samkvæmt bestu vitund fyrirtækisins. Að mati MS geti því ekki verið um brot á upplýsingaskyldu að ræða af hálfu fyrirtækisins.

Í bréfi Samkeppniseftirlitsins frá 19. desember 2014 var vísað til þess að í viðtali við forstjóra MS, sem birtist sama dag, komi fram að hann telji að „þessi staðreynd, að samningurinn hafi ekki verið lagður fram sem gagn við rannsókn málsins, skipti ekki máli efnislega þar sem öll efnisatriði hans hafi legið fyrir. „Við getum sagt að við höfum ekki áttað okkur á því fyrr en í haust að samningurinn liggja ekki fyrir sem gagn þó að allt efni hans hafi verið til umræðu við meðferð málsins." Með vísan til þessa óskaði Samkeppniseftirlitið eftir því (í 14. tl. bréfsins) að MS upplýsti um eftirfarandi:

- a. Tilgreint sé nákvæmlega hvar í upplýsingagjöf og sjónarmiðum MS í málinu sem leiddi til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 26/2014 sé að finna umfjöllun sem sýni eða



- gefi til kynna að umrædd sala á hrá mjólk til KS á framleiðendaverði hafi verið byggð á þeirri forsendu að öll verðtilfærsla skv. búvörulögum félli niður.
- b. Tilgreint sé nákvæmlega hvar í upplýsingagjöf og sjónarmiðum MS í málinu sem leiddi til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 26/2014 sé að finna umfjöllun sem sýni eða gefi til kynna að umrædd sala á hrá mjólk til KS hafi verið á grundvelli samkomulagsins frá júlí 2008 en salan til Mjólkur II ekki.
  - c. Tilgreint sé nákvæmlega hvar í upplýsingagjöf og sjónarmiðum MS í málinu sem leiddi til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 26/2014 sé að finna umfjöllun sem sýni eða gefi til kynna að forsenda fyrir verkaskiptingu og framlegðarskipti mjólkurvara milli MS og KS feli m.a. í sér gagnkvæma [ ]<sup>287</sup> sölubóknun af skráðu heildsöluverði fullunninna mjólkurvara sem MS og KS taka til sölumeðferðar og/eða pökkunar af framleiðsluvörum hvors annars.
  - d. Tilgreint sé nákvæmlega hvar í upplýsingagjöf og sjónarmiðum MS í málinu sem leiddi til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 26/2014 sé að finna umfjöllun sem sýni eða gefi til kynna að viðbótarkostnaður umfram söfnunarkostnað mjólkur skiptist jafnt milli aðila.

Þessari fyrirspurn var svarað með eftirfarandi hætti af MS:

*„Hvað þessa spurningu varðar er rétt að taka fram að MS hefur ekki forsendur til að meta hvort framangreint er rétt eftir forstjóra MS haft. Svo sem ráða má af bæði fréttatilkynningu sem MS sendi frá sér í kjölfar úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem og ummælum forstjóra MS í öðrum miðlum var það hvorki ætlun fyrirtækisins né forstjóra þess að láta að því liggja að fjallað hefði verið með tæmandi hætti um öll efnisatriði samkomulagsins heldur upplýsa að meginefni samstarfs aðila og eðli þess hefðu legið fyrir (fylgiskjal nr. 11). Með því var átt við að í allri upplýsingagjöf og sjónarmiðum MS í umræddu máli hafi verið vísað til þess að miðlun hrá mjólkur til KS ásamt Mjólkur II á innvigtunarverði hafi verið hluti af samstarfi þessara aðila á grundvelli 71. gr. búvörulaga og liður í að jafna mun á framlegð þeirra vegna þeirrar verkaskiptingar sem komið var á þeirra á milli. Þetta er að mati MS megininntak samningsins.*

*Hvað sem framangreindu líður liggur fyrir að til samstarfs MS og KS á grundvelli umrædds samkomulags var ítrekað vísað í allri upplýsingagjöf og sjónarmiðum MS í umræddu máli og verðlagning MS á hrá mjólk til KS ásamt Mjólkur II útskýrð með vísan til þess líkt og rakið er í fyrri lið erindis þessa. Til viðbótar því sem þar kemur fram var umræddu samstarfi og forsendum verðlagningar MS til KS ásamt Mjólkur II á grundvelli þess ítarlega lýst í athugasemdum MS við andmælaskjal SE, dags. 14. mars 2014 (sjá t.d. bls. 2-3, 8-13 og 34-35).“*

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á framangreinda skýringu MS enda hafði félagið hvorki vísað í samkomulagið frá 15. júlí 2008 né afhent það við meðferð málsins hjá eftirlitinu. Eins og nú hefur komið í ljós voru mikilvæg efnisatriði samkomulagsins frá því í júlí 2008 sem og í þeim samningum sem eftir komu ekki metin á fyrri stigum þessa máls. Dæmi um það eru þau ákvæði sem lúta að viðskiptakjörum milli MS og KS á

---

<sup>287</sup> Trúnaðarmál.



mjólkurafurðum og meðferð þeirra sem komu til viðbótar hinu lága verði á hrámjólk sem KS naut góðs af en þau voru nefnd sölubóknun í samkomulaginu frá júlí 2008 en einnig afslættir síðar í uppgjöri aðila. Það uppgjör var ekki gert með hliðsjón af verkaskiptingu MS og KS heldur tók það mið af eignarhaldi aðila í MS. Þá lágu mikilvægar forsendur samningsins heldur ekki fyrir sem gerðu m.a. ráð fyrir niðurfellingu á verðtilfærslu mjólkurvara sem ekki gekk eftir á rannsóknartímabili málsins. Framangreindir efnisþættir voru því ekki til skoðunar hjá Samkeppniseftirlitinu enda minntist MS hvorki á þá við meðferð málsins eða afhenti eftirlitinu viðkomandi gögn. Það hefði óneitanlega sett málið í enn alvarlegri stöðu í ljósi þess að KS hóf að framleiða í ríkari mæli framlegðarháar mjólkurvörur í kjölfar samningsins frá 2008 en ekki framlegðarlágar eins og MS hélt fram gagnvart Samkeppniseftirlitinu og síðar áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

#### 1.5 Önnur sjónarmið MS vegna gagnamálsins

Í athugasemdum MS við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins er því mótmælt að félagið hafi brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga. Tekið er fram að Samkeppniseftirlitið hafi ekki krafist MS um upplýsingar sem það ekki veitti eða gögn sem það ekki afhenti eða eftir atvikum hafi veitt rangar eða misvísandi upplýsingar eða gögn gegn betri vitund.

Að mati MS hefur félagið frá upphafi leitast við að sýna samstarfsvilja og látið Samkeppniseftirlitinu í té öll gögn og allar upplýsingar sem óskað hafi verið eftir. Í upplýsingagjöf MS til Samkeppniseftirlitsins hafi margoft verið vikið að samstarfi MS og KS á grundvelli 71. gr. búvörulaga, en eftirlitið hafi þrátt fyrir það aldrei séð tilefni til þess að óska eftir nánari upplýsingum eða gögnum þar að lútandi. Engin frumkvæðisskylda hafi hvílt á MS að láta samninginn af hendi. MS tekur fram að í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2014 komi fram að greining á beitingu samkeppnislaga gagnvart búvörulögum skipti máli fyrir úrlausn málsins. Að mati MS hefur sú greining ekki farið fram af hálfu Samkeppniseftirlitsins þrátt fyrir að MS hafi upplýst um samstarf sitt við KS.

MS telur að þó að Mjólka II hafi ekki undirritað neina samninga við MS þá sé ekki áskilið í 71. gr. búvörulaga að samningar samkvæmt ákvæðinu þurfi að vera skriflegir. Sé Samkeppniseftirlitið þeirrar skoðunar að samningar samkvæmt 71. gr. búvörulaga eigi að vera skriflegir hafi eftirlitið mátt gefa sér að slíkur samningur væri til þegar ítarlega hafði verið útlistað að verðlagning milli MS og KS byggði á samkomulagi á grundvelli 71. gr. laganna. Þrátt fyrir þetta hafi Samkeppniseftirlitið aldrei óskað eftir að slíkur samningur yrði látinn í té. Í ljósi framangreindrar umfjöllunar um rannsóknarskyldu telur MS að það hafi ekki verið brot á upplýsingaskyldu MS að afhenda Samkeppniseftirlitinu ekki samninginn.

Þá telur MS að Samkeppniseftirlitið hafi byggt á því hjá áfrýjunarnefnd samkeppnismála að samningur MS og KS frá 15. júlí 2008 hafi engu skipt við mat eftirlitsins á háttsemi MS varðandi brot á 11. gr. samkeppnislaga. MS geti því ekki séð hvernig það geti talist fela í sér brot gegn 19. gr. samkeppnislaga að hafa ekki lagt fram gögn sem að mati Samkeppniseftirlitsins skipti ekki máli við úrlausn málsins.

## 2. Brot MS gegn 19. gr. samkeppnislaga



Samkvæmt 19. gr. samkeppnislaga er fyrirtækjum skylt að veita samkeppnisyfirvöldum réttar og nákvæmar upplýsingar um þau atriði sem þau spyrjast fyrir um og öll gögn sem þau óska eftir. MS bar því að veita Samkeppniseftirlitinu allar umbeðnar upplýsingar og gögn með skilmerkilegum og fullnægjandi hætti og var óheimilt að afvegaleiða eða villa fyrir um Samkeppniseftirlitinu með tvíræðum eða beinlínis röngum staðhæfingum.

Í þessum hluta málsins er fjallað um tvö atriði. Annars vegar hvort MS hafi ranglega haldið því fram að KS hafi „*fært sig úr framleiðslu á vörum með hærrí framlegð í vörur með lægri framlegð.*“ Hins vegar er deilt um hvort MS hafi borið við meðferð málsins að afhenda eftirtalda samninga sem varða samstarf MS við KS:

1. Undirritað Framlegðar- og verkaskiptasamkomulag MS og KS, dags. 15. júlí 2008 (sá samningur sem barst áfrýjunarnefnd samkeppnismála).
2. Undirritaður samningur á milli MS og KS, dags. 26. febrúar 2009, um breytingu á viðskiptakjörum í Framlegðar- og verkaskiptingarsamningi MS og KS frá 15. júlí 2008 (misritað 2009 í samningi).
3. Undirritað samkomulag á milli KS og MS, dags. 12. mars 2009, um framleiðslu, vinnslu og pökkun á rifostum úr mozzarella og öðrum ostum ásamt viðskiptakjörum og verði á viðkomandi vörum þegar sala á sér stað á milli MS og KS.

MS heldur því fram að fyrirtækið hafi ekki brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga. Kjarni sjónarmiða MS er sá að fyrirtækið hafi svarað öllum upplýsingabeiðnum í samræmi við efni þeirra. Samkeppniseftirlitið hafi ekki spurt um samstarfið við KS eða samkomulagið frá júlí 2008 og MS hafi því verið í góðri trú um að upplýsingagjöf fyrirtækisins hafi verið fullnægjandi.

Samkeppniseftirlitið áréttar að þann 20. desember 2012 óskaði eftirlitið skýringa frá MS á þeim mun sem var á verðlagningu félagsins á hrámjólk til tengdra aðila annars vegar og ótengdra hins vegar. Svar barst frá forstjóra MS þann 7. janúar 2013 þar sem því var haldið fram að verðmuninn mætti rekja til verðlagningar verðlagsnefndar búvöru á lágmarksverði til bænda og mjólk í lausu máli. Verðmuninn mætti þannig rekja til „*kostnað[ar] félagsins sem safnar, frumvinnur og selur í heildsölu (kostnaður vegna móttöku, lyfja- og gæðaeftirlits, frumvinnslu og afhendingu auk eðlilegrar álagningar).*“ Auk þess var tekið fram að verðmunurinn vægi einnig á móti þeirri áhættu sem fælist í skuldbindingum Auðhumlu/MS og KS að kaupa alla mjólk á félagssvæði sínu á lágmarksverði til bænda án tillits til þess hvort markaður væri fyrir allt ákvarðað greiðslumark hvers árs.

Þetta svar MS fól í sér að hlutlægar kostnaðarlegar ástæður lægju til grundvallar ólíku verði á hrámjólk. Í ljósi þess sendi Samkeppniseftirlitið MS gagnabeiðni, með bréfi, dags. 30. janúar 2013, og óskaði m.a. upplýsinga um gæði og vinnslustig þeirrar mjólkur sem félagið selji tengdum aðila annars vegar og keppinauti hins vegar og mismunandi kostnað. Þá óskaði Samkeppniseftirlitið sérstaklega eftir almennri umfjöllun MS um kvörtun Mjólkurbúsins þar sem byggt var á því að þessi verðmismunur færi gegn samkeppnislögum.

Í svari MS, dags. 13. febrúar 2013, staðhæfði félagið að um væri að ræða sambærilega hrámjólk hvað gæði og vinnslustig varðar og að Mjólka II bæri ekki þann kostnað sem keppinautar þyrftu að bera vegna kaupa á mjólk frá MS. Þess í stað var vísað til þess að MS og tengd félög starfi saman á grundvelli 71. gr. búvörulaga og miðli hrámjólk á



kostnaðargrunni innvígtaðrar mjólkur. Það sé gert til þess að halda niðri kostnaði við framleiðslu, geymslu og dreifingu mjólkurafurða. Þá var einnig staðhæft að samvinna MS og KS byggði á „framlegðarjöfnun í gegnum hráefnismiðlun til að mæta því að KS hefur fært sig úr framleiðslu á vörum með hærri framlegð í vörur með lægri framlegð.“ Sama kom fram í bréfi forstjóra MS, dags.7. janúar 2013.

MS hlaut að vera ljóst að staðhæfing fyrirtækisins var ekki sannleikanum samkvæm enda kemur t.d. skýrt fram í eigin gögnum fyrirtækisins að vörurnar af þeirri tegund sem KS framleiddi voru framlegðarháar.<sup>288</sup> Þá vísast hér einnig til II. kafla hér að framan þar sem fram kemur að samkomulagið frá júlí 2008 leiddi til þess að KS hóf að framleiða í ríkari mæli framlegðarháar mjólkurvörur, líkt og minni ótengdir keppinautar á markaði, öfugt við það sem MS hélt fram í janúar og febrúar 2013. Þá fólst uppgjör samkomulagsins frá 2008 í því að jafna afkomu MS og KS óháð verkaskiptingu þeirra, sbr. það sem segir í samkomulaginu sjálfu. Ekkert í upplýsingagjöf MS gaf þetta til kynna og þá ber að áréttta á að á árinu 2009, í tengslum við aðra rannsókn Samkeppniseftirlitsins, staðhæfðu bæði MS og KS að hafa ekki gert neina samninga um efni sem hér skipta máli.

Umfjöllun í II. kafla hér að framan sýnir einnig þýðingu samkomulagsins frá 2008 (aук þeirra samninga sem KS og MS gerðu í kjölfarið) fyrir rannsóknarefni þessa máls. Ekkert í upplýsingagjöf MS í janúar og febrúar 2013 (eða síðar) gaf til kynna mikilvæg efnisatriði í samkomulaginu frá júlí 2008 sem hin nýja rannsókn hefur leitt í ljós. Eins og nefnt var óskaði Samkeppniseftirlitið sérstaklega eftir því í bréfinu frá 19. desember 2014 (tl. 14) að MS myndi tilgreina nákvæmlega hvar upplýsingar um mikilvæg atriði samkomulagsins frá júlí 2008 hefðu komið fram af hálfu fyrirtækisins í málsmeðferð fyrir Samkeppniseftirlitinu í hinu eldra máli. Var þetta gert sökum yfirlýsingar forstjóra MS í fjölmiðlum um að „allt efni“ samkomulagsins hafi verið komið fram gagnvart eftirlitinu.

Í svari MS frá 28. janúar sl. var ekki sýnt fram á að Samkeppniseftirlitinu hafi (án þess að fá samkomulagið í hendur) í hinu eldra máli mátt vera ljós þau efnisatriði sem tilgreind eru í 14. tl. í bréfi eftirlitsins frá 19. desember 2014. MS staðhæfir því ranglega að „til samstarfs MS og KS á grundvelli umrædds samkomulags var ítrekað vísað í allri upplýsingagjöf og sjónarmiðum MS í umræddu máli og verðlagning MS á hrámjólku til KS ásamt Mjólku II útskýrð með vísan til þess ...“

Eins og framangreind umfjöllun í kæru MS til áfrýjunarnefndar samkeppnismála gefur til kynna er ljóst að fyrirtækið taldi samkomulagið frá júlí 2008 skipta verulega miklu máli við mat á háttsemi félagsins og úrskurður áfrýjunarnefndar endurspeglar það. Gerði MS þannig bæði í kæru og athugasemdum fyrir áfrýjunarnefnd mikið úr mikilvægi viðkomandi samkomulags fyrir úrlausn málsins. Þar segir m.a. orðrétt:

*„Fyrir liggur að viðskipti kæranda við Mjólku II voru gerð upp á grundvelli heildarsamkomulags kæranda og KS um framlegðar- og verkaskiptingu. Hlutdeild Mjólku II í framlegð kæranda vegna ferskvára var þannig greidd til Mjólku II í formi lækkaðs verðs á hrámjólku.“*

<sup>288</sup> Í markaðsáætlun MS fyrir árið 2009 segir á bls. 73. „Ógnun ný samkeppni: Mjólka (Vífílfell). Velur eingöngu þær vörur þar sem framlegðin er hæst. Samkeppni í framlegðar háum vörum er ógn þar sem ákveðin skekkja er í verðupphægingu iðnaðarins. Lífræn jógúrt, sojavörur, pascal jógúrt og kókomjólku, ostar og smjörvörur.“



Samkvæmt þessu gat MS ekki dulist mikilvægi samkomulagsins þegar félagið fékk í hendur upplýsingabeiðnir Samkeppniseftirlitsins í desember 2012 og janúar 2013. Þegar af þeirri ástæðu bar MS að greina Samkeppniseftirlitinu frá því í svörum sínum frá janúar og febrúar 2013. Efni upplýsingabeiðna Samkeppniseftirlitsins kallaði einnig á þetta. Það gerði MS hins vegar ekki og gat fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála ekki veitt „*haldbærar skýringar*“ á því hvers vegna fyrirtækið upplýsti Samkeppniseftirlitið ekki um samkomulagið.

Hér ber einnig að líta til þess að þegar rannsókn hefst er það viðkomandi fyrirtæki sem best þekkir öll málsatvik sem varða þá háttsemi þess sem er til skoðunar. Samkeppniseftirlitið gat ekki getið sér til um, m.a. með vísan til fyrri yfirlýsinga MS og KS, að til staðar væru samningar á milli félaganna um framlegðar- og verkaskiptingu. Rík skylda hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum að veita réttar upplýsingar til samkeppnisyfirvalda. Í þessu samhengi ber markaðsráðandi fyrirtæki við svör sín að líta til þess að hverju rannsókn samkeppnisyfirvalda beinist og hver tilgangur viðkomandi upplýsingabeiðni er.<sup>289</sup>

Með vísan til framangreinds var MS skylt að upplýsa Samkeppniseftirlitið um framangreinda þrjá samninga við meðferð málsins sem leiddi til töku ákvörðunar eftirlitsins nr. 26/2014. Augljóst er að umræddir þrír samningar og sér í lagi samkomulagið frá júlí 2008 kynnu að hafa þýðingu við efnislegt mat Samkeppniseftirlitsins í því máli.

Það er því niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að MS hafi brotið 19. gr. samkeppnislaga með eftirfarandi hætti:

- Með því að hafa ranglega sagt í bréfinu frá 13. febrúar 2013 að „*KS hefur fært sig úr framleiðslu á vörum með hærri framlegð í vörur með lægri framlegð.*“
- Með því að hafa í bréfinu frá 13. febrúar 2013 hvorki vísað til samkomulagsins frá júlí 2008 né lagt það fram, sbr. einnig bréf MS frá 7. janúar 2013. Hið sama gildir um samningana við KS frá 26. febrúar 2009 og 12. mars 2009.

Þrátt fyrir framangreinda upplýsingabeiðni Samkeppniseftirlitsins og þá rannsókn sem fylgdi í kjölfarið sem leiddi til andmælaskjals í málinu taldi MS heldur ekki þörf á því að senda eftirlitinu umrætt samkomulag frá júlí 2008 með athugasemdum sínum við andmælaskjalið. Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins, dags. 23. janúar 2014, komst eftirlitið að þeirri frumniðurstöðu að MS hafi mismunað smærri keppinautum í verðlagningu sinni á hrá mjólk til vinnslu mjólkurafurða. Er það verulega ámælisvert að MS hafi í athugasemdum sínum við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins áfram látið hjá líða að leggja fram eða vekja athygli á framangreindum gögnum. Ef fyrirtæki kjósa að tjá sig um andmælaskjal í samkeppnismálum ber þeim að setja fram réttar upplýsingar í athugasemdum sínum.<sup>290</sup>

<sup>289</sup> Sjá til hliðsjónar Kerse og Kahn, EU Antitrust Procedure, sjötta útgáfa 2012, bls. 119. „*The Commission has maintained that undertakings which do respond to a simple request are under a duty of active co-operation and should therefore have regard to the spirit and the purpose of the request. The duty to co-operate would, it is suggested, imply making some effort to understand the matter with which the Commission is concerned.*“

<sup>290</sup> Sjá hér t.d. dóm undirréttar ESB frá 24. mars 2011 í máli nr. T-384/06, IBP gegn framkvæmdastjórninni, mgr. 111: „*Admittedly, there is no obligation to respond to a statement of objections. In addition, the exercise of rights of the defence also involves the right to challenge the probative value of the documents on which the Commission relies. However, if an undertaking provides other information, such as a witness statement, in order to*





Er það sem fyrr segir niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að MS hafi á árinu 2013 brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga við rannsókn þess máls sem leiddi til ákvörðunar nr. 26/2014.

---

*demonstrate that the evidence adduced by the Commission in the statement of objections is incorrect, that information must be accurate."*



## VII. VIÐURLÖG OG AÐGERÐIR

Í þessum kafla verður fjallað um ákvæði 37. gr. samkeppnislaga og hugað að þeim sjónarmiðum sem líta verður til við ákvörðun viðurlaga í málinu. Einnig verður fjallað um mögulegar aðgerðir samkvæmt 16. gr. samkeppnislaga.

### 1. Sjónarmið MS um viðurlög

Hvað varðar mögulega beitingu sektar í málinu telur MS að ekki eigi að beita slíkum viðurlögum enda hafi félagið ekki brotið gegn samkeppnislögum. Lítur MS svo á að í öllu falli þá séu ekki fyrir hendi aðstæður sem gefi tilefni til álagningar verulega íþyngjandi viðurlaga. Mótmælir MS því sérstaklega að ætluð brot félagsins hafi leitt til þess að Mjólkka I hafi hætt að starfa sem sjálfstæður keppinautur.

#### *Sektir í öðrum málum*

Um fjárhæð sekta segir MS að í hinu fyrra máli hafi hún verið sú þriðja hæsta sem lögð hafi verið á nokkurt fyrirtæki hér á landi vegna brota gegn 11. gr. samkeppnislaga. Hæsta sekt sem lögð hafi verið á hérlent fyrirtæki hafi verið lögð á Valitor hf. með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 8/2013. Sú sekt hafi verið vegna brota sem þóttu „mjög alvarleg“ og ítrekuð auk þess sem sektað var vegna brota á fyrirmælum Samkeppniseftirlitsins. Næsthæsta sekt sem lögð hafi verið á fyrirtæki vegna misnotkunar á markaðsráðandi stöðu hafi verið lögð á Símann hf. með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2012 að fjárhæð 390 milljónir kr. Sú sekt hafi verið lögð á Símann vegna margítrekaðra og alvarlegra brota gegn 11. gr. samkeppnislaga. Til samanburðar megi nefna að árið 2009 hafi sekt verið lögð á Haga hf. að fjárhæð 315 milljónir kr.

MS segir að sekt sem norsk samkeppniyfirvöld lögðu á mjólkurvöruframleiðandann Tine, sem að sögn MS sé í svipaðri stöðu á markaði í Noregi og MS hér á landi, hafi verið um 0,3% af heildarveltu félagsins. Segir MS að norsk samkeppniyfirvöld hafi komist að þeirri niðurstöðu að Tine hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína og gert samkeppnishamlandi samninga.

Tekið er fram að þótt Samkeppniseftirlitið hafi á undanförunum árum hækkað verulega fjárhæðir sekta sé sektin sem eftirlitið lagði á MS í hinu fyrra máli í engu samræmi við þær fjárhæðir sem hafi áður verið lagðar á fyrirtæki fyrir brot gegn 11. gr. samkeppnislaga.

#### *Góð trú-gáleysi-flókið regluverk*

MS kveðst vera ljóst að markaðsráðandi fyrirtæki geti brotið gegn samkeppnislögum enda þótt háttsemi hafi ekki byggt á ásetningi. Að mati MS hafi hins vegar huglæg afstaða brotlegs aðila mikil áhrif á það hvers konar viðurlögum sé rétt að beita. Um þetta vísar MS til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 3/2004 og nr. 10/2011. Telji MS að sé um gáleysisbrot að ræða þá leiði sanngirnissjónarmið til þess að fella beri niður sektir eða lækka þær verulega. Samkvæmt 2. mgr. 29. liðar leiðbeiningarreglna framkvæmdastjórnar ESB um sektarviðurlög vegna brota á samkeppnisreglum sé heimilt að lækka sektir, sýni aðili að ólögmat háttsemi hafi stafað af gáleysi. Að mati MS sé heimild auk þess fyrir hendi til þess að fella alfarið niður sekt brotlegs aðila séu atvik máls þannig vaxin. Í þessu samhengi vísar MS til ákvörðunar framkvæmdastjórnar ESB frá 2004 í máli



samtaka belgískra arkitekta þar sem „skynsamlegur vafi“ samtakanna um ólögmæti tiltekinna aðgerða hafi leitt til lækkunar á sekt. Slíkur vafi sé fyrir hendi í þessu máli.

MS telji að starfsemi félagsins hafi ávallt, þ.m.t. samkomulagið við KS frá júlí 2008, verið í samræmi við samkeppnislög og 71. gr. búvörulaga. Vísar MS til þess að í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2014 hafi nefndin talið að samstarf afurðastöðva í mjólkuriðnaði og innri ráðstafanir í tengslum við það geti verið undanþegið ákvæðum samkeppnislaga. MS hafi miðað málflutning sinn fyrir nefndinni við það að eina ástæðan fyrir hinu mismunandi verði hafi verið eins konar uppgjör til að jafna framlegðartap sem átti sér stað á grundvelli samningsins frá 2008 og þeirri verkaskiptingu sem þar hafi verið gert ráð fyrir. Því telji MS að áfrýjunarnefndin hafi að nokkru leyti tekið undir sjónarmið MS um að niðurstaða Samkeppniseftirlitsins í hinu fyrra máli hafi verið röng.

Í sjónarmiðum MS frá 14. mars 2014 kemur fram að félagið kveðst hafa verið í góðri um að verðlagning félagsins hafi verið lögmæt og segir að með niðurstöðu sinni í ákvörðun nr. 40/2009 hafi Samkeppniseftirlitið gefið MS/KS/Mjólkú II fullt tilefni til þess að ætla að „verðákvarðanir á milli fyrirtækjanna væru hluti af heimilum verðtilfærslum innan samstæðunnar.“

MS mótmælir því að hin meintu brot félagsins hafi verið framin af ásetningi og bendir félagið m.a. á að engin skjallag gögn liggi fyrir í málinu sem renni stoðum undir ályktanir um meintan ásetning MS. Þvert á móti hafi verðlagning MS ráðist af ákvörðunum verðlagsnefndar búvöru sem bendi eindregið til þess að hlutlæg sjónarmið hafi ráðið för hjá félaginu.

Lagaumhverfið í þessu máli sé flókið og hafi MS rangtúlkað viðkomandi reglur séu slíkar rangtúlkanir skiljanlegar og gefi ekki til kynna ásetning til þess að brjóta lög. Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2006 hafi ekki skýrt 71. gr. búvörulaga enda hafi Osta og smjörösalan ekki verið afurðastöð.

Segir MS að Samkeppniseftirlitið geri „ósanngjarnar kröfur til starfsmanna MS um skilning þeirra á samspili samkeppnisreglna og búvörulaga. Í ljósi þess að eðli þess samstarfs sem viðhaft var við ákvörðun verðlagningar hefur aldrei verið skýrt, auk þess sem lögskýringagögn taka ekki af skarið um það, er fullkomlega ósanngjarn að gera jafnstrangar kröfur og SE gerir gerir við ákvörðun um það hvort ásetningur eða gáleysi hafi ráðið för hjá MS við verðlagningu.“ Einnig segir MS að sú „staðreynd að MS hefur sérfræðinga á sviði samkeppnisréttar sér til leiðbeiningar um framangreint breytir engu í þessu samhengi, enda er ljóst að þeir sérfræðingar sem komið hafa að málinu fyrir hönd MS hafa allt aðra sýn á ofangreind atriði en starfsmenn sem komu að málinu fyrir hönd SE.“

#### *Samstarf og upplýsingagjöf MS til Samkeppniseftirlitsins*

MS segir að Samkeppniseftirlitið hafi nær engan vilja til þess að veita leiðbeiningar sem sé „skiljanlegt í ljósi þess að jafnan er auðveldara að skoða háttsemi í baksýnispeglinum, eftir að hún á sér stað, líkt og SE gerir jafnan ...“ Til viðbótar vill MS minna á „fjölda funda sem MS hefur átt með SE í þeim eina tilgangi að leitast við að tryggja að starfsemi hans væri hvívetna í samræmi við ákvæði samkeppnislaga.“ Segir einnig að markmið MS með



Þessum fundum hafi verið að halda Samkeppniseftirlitinu upplýstu um starfsemi félagsins, leita eftir leiðbeiningum og að svara fyrirspurnum frá eftirlitinu. Í ljósi þess vísar MS til 4. mgr. 29. liðar leiðbeinandi reglna framkvæmdastjórnar ESB um álagningu sekta. Þar segi að lækka megi upphæð sektar, hafi brotlegur aðili starfað með framkvæmdastjórninni umfram það sem leiðir af skyldu hans. MS telji að félagið hafi starfað stöðugt með Samkeppniseftirlitinu, umfram það sem leiði af skyldu félagsins og að hafa beri framangreind sjónarmið til hliðsjónarvið ákvörðun sekta í samræmi við leiðbeiningarreglurnar. Þá hafi áfrýjunarnefnd samkeppnismála einnig oft viðrað sömu sjónarmið, t.d. í úrskurði sínum í máli nr. 1/2012, *Síminn gegn Samkeppniseftirlitinu*.

#### *Verðákvörðun búvöru er lögum samkvæmt í höndum verðlagsnefndar*

MS áréttar að verðlagsnefnd búvöru ákveði afurðaverð til búvöruframleiðenda og verð búvara í heildsölu, samkvæmt ákvæði 1. mgr. 7. gr. búvörlaga. Með hliðsjón af því vísar MS til 5. mgr. 29. liðar leiðbeiningarreglna framkvæmdastjórnar ESB sem segi að sektarupphæð megi lækka þegar brotleg háttsemi hafi verið heimiluð eða hvatt til hennar af yfirvöldum eða í löggjöf. MS segir að félagið hafi almennt fylgt í einu og öllu verðákvörðunum verðlagsnefndar búvöru við ákvörðun verðs. Þessu til stuðnings vísar MS einnig til dóms dómstóls ESB í Deutsche Telekom málinu.

#### *Tímalengd meints brots*

MS telji að hrámjólkurkaup þeirra aðila sem Samkeppniseftirlitið telur að hafi orðið fyrir verðmismunun hafi ekki átt sér stað með samfelldum hætti frá árinu 2008 til ársloka 2013. MS telji að Mjólka I hafi keypt hrámjólk af MS frá mars til júlí 2009 og að Mjólkurbúið hafi keypt hrámjólk frá árslokum 2010 til ársloka 2013. MS telji að gera verði greinarmun á þessum tveimur tímabilum. MS tekur fram, að hafi röng stefna verið tekin við verðlagningu MS í þeim viðskiptum, hafi ákvörðun þar að lútandi verið tekin árið 2008. MS bætir við og segir að sú stefna hafi ekki verið leiðrétt frá árinu 2008 til ársins 2013 einfaldlega af þeirri ástæðu að hún sætti ekki endurskoðun af hálfu MS frá því hún var tekin. Telji MS því að tímalengd meints brots segi ekkert til um huglæga afstöðu félagsins til að halda því áfram.

#### *Meint brot varði ekki mikilvægan markað*

MS telji að afmarka þurfi áhrif af verðstefnu félagsins út frá því hvaða afurðir Mjólka I og Mjólkurbúið hafi framleitt og selt á markaði. Tekur MS fram að Mjólkurbúið hafi einungis notað hrámjólk til framleiðslu á mygluostum og því geti möguleg áhrif meintra brota MS því einungis átt við um framleiðslu og sölu þeirra osta. Því er mótmælt af MS að áhrif meintra brota félagsins geti haft viðtækari áhrif.

#### *Ekki ber að líta til veltu MS*

MS telji ótækt með öllu að horfa til veltu félagsins við ákvörðun sekta. Þau sjónarmið, að líta til veltu brotlegs aðila við ákvörðun hæfilegrar sektar, taki mið af „hefðbundnum“ fyrirtækjum sem ætlað sé að skila hluthöfum sínum hagnaði og vera arðbær. Þvert á móti eigi tekjur og gjöld í ársuppgjöri MS að jafnast út þannig að tryggt sé að bæði bændur og neytendur skipti með sér öllum þeim ávinning sem búrvörulögum er ætlað að tryggja. Há sekt muni óhjákvæmilega þvinga verðlagsnefnd búvöru til þess að hækka verð á mjólk og mjólkurafurðum til að jafna ársuppgjör MS.

#### *Ítrekunaráhrif í máli áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2006*



MS mótmælir því að ítrekunaráhrif geti leitt af úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2006. Fellst MS ekki á að Osta- og smjörösalan og MS hafi verið sama fyrirtækið í skilningi samkeppnislaga og að MS hafi brotið sömu lög með sama hætti og Osta- og smjörösalan gerði í hinu eldra máli.

MS heldur því fram að í málinu frá 2006 hafi undanrennuduft verið selt á misháu verði til tveggja aðila vegna mannlegra mistaka. Þá hafi heimildir búvörulaga til undanþágu frá samkeppnislögum aðeins átt við afurðastöðvar í mjólkuriðnaði en Osta- og smjörösalan hafi ekki verið afurðastöð. Að mati MS sé grundvallarmunur á málunum tveimur enda hafi undanþáguheimildir búvörulaga veruleg áhrif á alla starfsemi MS og verðákvæðanir. Því sé munur á réttarheimildum sem geri það rangt að mál Osta- og smjörösalunnar skapi ítrekunaráhrif í þessu máli.

## 2. Niðurstaða um viðurlög

Samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga leggur Samkeppniseftirlitið sektir á fyrirtæki sem brjóta m.a. 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 Íslands 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 fram að sektir geti numið allt að 10% af veltu síðasta almanaksárs hjá því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að samkeppnishömlunum. Tilgangur þessa formlega sektarhámarks er að tryggja að sektir á fyrirtæki séu ekki úr hófi fram.<sup>291</sup>

Við ákvörðun sekta ber samkvæmt 37. gr. 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.*

---

<sup>291</sup> Sjá dóm dómstóls ESB frá 28. júní 2005 í sameinuðum málum nr. m.a. C-189/02, Dansk Rørindustri gegn framkvæmdastjórninni: „As the Commission contended, that upper limit seeks to prevent fines being imposed which it is foreseeable that the undertakings, owing to their size, as determined, albeit approximately and imperfectly, by their total turnover, will not be able to pay ... That limit is therefore one which is uniformly applicable to all undertakings and arrived at according to the size of each of them and seeks to ensure that the fines are not excessive or disproportionate.” (mgr. 280-281).



*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.<sup>292</sup>

## 2.1 Eðli og umfang brota

Mál þetta varðar viðskipti með 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 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%<sup>293</sup> á árunum 2010 til 2012. Mál þetta tengist því mikilvægri neysluvöru.

Í máli þessu liggur fyrir að MS (og tengd félög) er með yfirburðastöðu á íslenskum mjólkurmarkaði er heggur nærri einokun. MS beitti keppinauta sína verðmismunun við kaup þeirra á hrámjólk. Til viðbótar var verð MS á hrámjólk til keppinauta miðað við verð á annarri og dýrari vöru, þ.e. nýmjólk í lausu máli. 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 (og MS sjálf) fengju þetta hráefni á mun lægra verði sem var til þess fallið að veita þeim verulegt samkeppnisforskot gagnvart Mjólkurbúinu og áður Mjólk I. Með þessu móti var geta Mjólk I og Mjólkurbúsins til þess að keppa við MS og tengd félög á markaði fyrir sölu mjólkurafurða skert með alvarlegum hætti og markaðsráðandi staða MS 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 ríkt tilefni er til að beita sektarheimild 37. gr. samkeppnislaga.

## 2.2 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*, og

<sup>292</sup> 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 tiltekna aðstæður. Byggist tillagan eins og núgildandi ákvæði á fyrirmyndum úr EES/EB-samkeppnisrétti.“

<sup>293</sup> Samkvæmt upplýsingum Hagstofu Íslands voru mjólk og ostar með um 92% vægi í útgjaldaflökknum *Mjólk, ostar og egg* og í vöruflökknum *Olíur og feitmeti* höfðu fituríkar mjólkurvörur um 50% vægi.



frá 28. apríl 2016 í máli nr. 419/2015, *Valitor hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Um ítrekunaráhrif getur verið að ræða þrátt fyrir að ekki hafi verið lögð á sekt í hinu eldra máli.<sup>294</sup>

Eins og fyrr segir var með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2006 staðfest að Osta- og smjörösalan hefði brotið gegn c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Þeim úrskurði var ekki skotið til dómstóla. 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 samkeppnisrétti sætir 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 lögpersóna. Sökum hins efnahagslega eðlis hugtaksins er undir vissum kringumstæðum unnt að líta á tvær eða fleiri lögpersónur sem eitt og sama fyrirtækið í skilningi samkeppnislaga. Vísast um þessi atriði til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008, *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu* og dóms Hæstaréttar Íslands frá 27. nóvember 2014 í máli nr. 112/2014, *Samkeppniseftirlitið gegn Langasjó o.fl.*<sup>295</sup>

Af framangreindu 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 samkeppnisréttarins.<sup>296</sup>

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

*„Osta- og smjörösalan 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., Norðurmjólku ehf. og Kaupfélag Skagfirðinga. Osta- og smjörösalan er markaðs- og söluþyrntæki í 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 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

<sup>294</sup> Sjá t.d. mgr. 41 í dómi dómstóls ESB frá 8. febrúar 2007 í máli nr. C-3/06, Group Danone gegn framkvæmdastjórninni: „... 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.“

<sup>295</sup> Einnig vísast hér til dóms dómstóls ESB frá 20. janúar 2011 í máli nr. C-90/09, General Química gegn framkvæmdastjórninni (mgr. 34-35), dóms frá 11. júlí 2013 í máli nr. C-440/11, Framkvæmdastjórnin gegn Stichting Administratiekantoor Portielje & Gosselin Group (mgr. 36) og dóms frá 16. júní 2016 í máli nr. C-155/14, Evonik Degussa gegn framkvæmdastjórninni (mgr. 27).

<sup>296</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar ESB frá 30. september 2003 í máli nr. T-203/01, Michelin gegn framkvæmdastjórninni. Dómstóllinn staðfesti þá niðurstöðu framkvæmdastjórnarinnar að brot framið af dótturfélagi í eldra máli leiddi til ítrekunaráhrifa hjá móðurfélagi.



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 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. Með öðrum orðum er ljóst að sú efnahagslega starfsemi sem Osta- og smjörsalan hafði með höndum var að öllu leyti færð til MS.

Sem fyrr segir hefur MS mótmælt því að félagið og Osta- og smjörsalan séu sama fyrirtækið í skilningi samkeppnisréttarins. Hins vegar hefur ekki MS ekki sett fram efnisleg rök sem hnekkja mati Samkeppniseftirlitsins á tengslum félagsins við Osta- og smjörsölnuna.

Í ljósi alls þessa telur Samkeppniseftirlitið að MS og Osta- og smjörsalan séu eitt og sama fyrirtækið í skilningi samkeppnislaga.

MS mótmælir því að ítrekunaráhrif geti leitt af úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2006 þar sem MS hafi ekki brotið sömu lög með sama hætti og Osta- og smjörsalan gerði í hinu eldra máli.

Samkeppniseftirlitið tekur hér fram að um ítrekun er að ræða í skilningi samkeppnisréttar þegar um er að ræða brot á sömu lagareglu. Ef fyrirtæki hefur misnotað markaðsráðandi stöðu sína er um að ræða ítrekunaráhrif í yngra máli án tillits til þess hvort sú misnotkun átti sér stað á öðrum markaði eða fólst í annarri tegund af hegðun.<sup>297</sup>

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 Mjólklu 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.

### 2.3 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. MS hafi verið í góðri trú um lögmæti aðgerða sinna og ætluð brot hafi verið framin af gáleysi.

Samkeppniseftirlitið tekur fram að brot gegn 11. gr. samkeppnislaga á sér stað óháð því hvort um er að kenna gáleysi eða ásetningi hins brotlega fyrirtækis. Saknæmisstigið ræður því ekki úrslitum.<sup>298</sup> 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.

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

<sup>297</sup> Sjá t.d. Kerse & Khan, EU Antitrust Procedure, sjötta útgáfa 2012, bls. 431-432. Í dómi undirréttar ESB frá 12. desember 2007 í máli nr. T-101/05 og T-111/05, BASF gegn framkvæmdastjórninni, segir í mgr. 64: „The Court rejects at the outset BASF’s argument that a case of repeated infringement can be recognised only where the infringements relate to the same product market. It is sufficient that the Commission is dealing with infringements falling under the same provision of the EC Treaty.”

<sup>298</sup> 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.”





verið það ljóst að aðgerðir hans fælu í sér brot á samkeppnisreglum.<sup>299</sup> Ásetningur getur falið í sér rök fyrir hækkun sekta en ekki er hins vegar sjálfgefið að brot framin af gáleysi eigi að leiða til lægri sekta en ella.<sup>300</sup>

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.<sup>301</sup>

Í úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála hefur því verið slegið föstu að ákvæði samkeppnislaga gildi um viðskipti með búvörur nema ákvæði sérlaga heimili annað, sbr. m.a. úrskurð í máli nr. 3/1996, *Osta- og smjörsalan gegn samkeppnisráði* og úrskurð í máli nr. 7/2009, *Bændasamtök Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. 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 álitsgerð sem lögð var til grundvallar í því frumvarpi sem varð að lögum nr. 85/2004.<sup>302</sup> Sama túlkun kom fram af hálfu landbúnaðarráðherra í umræðum á Alþingi í aðdraganda brotatímabils þessa máls.<sup>303</sup> Þetta gat ekki dulist MS.

<sup>299</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í sameinuðum málum nr. T-202, 204 og 207/98 *Tate & Lyle, British Sugar og Napier Brown plc gegn framkvæmdastjórninni* [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.” Sjá einnig *Bellamy & Child, European Union Law of Competition*, sjöunda útgáfu 2013, bls. 1098: „It appears that an intentional infringement requires at least the deliberate commission of an act which is designed to achieve anti-competitive ends, or which is committed in the knowledge that plainly anti-competitive effects would ensue. ... Actual knowledge of the EU competition rules is not necessary to finding of intentional infringement.”

<sup>300</sup> Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. C-137/95P *SPO gegn framkvæmdastjórninni* [1996] ECR I-1611.

<sup>301</sup> Sjá hér dóm dómstóls ESB frá 6. desember 2012 í máli nr. C-457/10, *AstraZeneca gegn framkvæmdastjórninni*. 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 gegn framkvæmdastjórninni* [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 undirrétturinn féllst á þetta, sbr. mgr. 46 í dómi dómstóls ESB: „... 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.”

<sup>302</sup> 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.”

<sup>303</sup> Vísast hér til umræðna á Alþingi 15. nóvember 2007 (sbr. einnig umfjöllun í kafla II hér að framan). Þá tók landbúnaðarráðherra þetta fram í umræðu um frumvarp sem hann hafði lagt fram til breytinga á búvörulögum að 11. gr. samkeppnislaga tæki til markaðsráðandi afurðastöðva. Ráðherra benti á heimild afurðastöðva til samvinnu skv. 71. gr. búvörulaga en tók svo fram að afurðastöðvar; „geta að vísu ekki beitt markaðsráðandi stöðu sinni, það er auðvitað ekkert sem samkeppnislögin eða búvörulögin eða nein önnur lög heimila þeim að gera.” (135. löggjafarþing — 26. fundur, 15. nóv. 2007, 203. mál. Ræða hefst kl. 19:59.)



Til viðbótar sýna skýr samtímagögn frá MS að fyrirtækinu var ljóst að það var markaðsráðandi og að það þýddi m.a. að félaginu væri „*strangt til tekið óheimilt að gera upp á milli viðskiptavina sinna*“.<sup>304</sup>

Eins og rökstutt var hér að framan 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, 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.

Að mati Samkeppniseftirlitsins getur MS ekki dregið úr vægi úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2006 með vísan til þess að forveri félagsins, Osta- og smjörösalan, hafi ekki verið afurðastöð. Þvert á móti benti Osta- og smjörösalan á það í málinu að eigendur fyrirtækisins væru afurðastöðvar skv. búvörulögum og störfuðu á grundvelli þeirra laga. Staðhafði Osta- og smjörösalan í málinu að ákvæði búvörulaga tækju með sama hætti til hennar. Það var hins vegar alveg ljóst í huga þessa forvera MS að hann var „*markaðsráðandi á mjólkurvörumarkaði og hafi því miklum skyldum að gegna.*“ Kom þetta fram í málatilbúnaði forverans fyrir áfrýjunarnefnd. Úrskurður áfrýjunarnefndar í máli nr. 8/2006 er skýr og sökum hans gat MS ekki dulist eftirfarandi:

- Osta- smjörösalan var í raun í einokunarstöðu og undir þeim kringumstæðum þarf lítið til að koma til að 11. gr. samkeppnislaga teljist brotin. MS mátti vita að staða félagsins á markaði var síst lakari en þessa forvera hans og af því leiði „*sérstaklega ríkar skyldur*“ til að grípa ekki til „*neinna ráðstafana sem hindrað geta samkeppni og vöxt hennar.*“<sup>305</sup>
- Ákvæði búvörulaga eru skýrð þröngt. Þrátt fyrir að heildsöluverð á undanrennudufti hafi verið ákveðið af verðlagsnefnd búvöru fór verðmismunun Osta- og smjörösalunnar gegn 11. gr. samkeppnislaga.
- Markaðsráðandi fyrirtæki á mjólkurmarkaði brýtur gegn 11. gr. samkeppnislaga ef viðskiptaaðilum þess er mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra þannig veikt.

Ekkert í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 40/2009, *Samruni Kaupfélags Skagfirðinga svf. og Mjólku 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

<sup>304</sup> Í kafla III. 2.1 hér er gerð grein fyrir svonefndum „*markaðsáætlunum*“ MS. Þar kemur fram að í skjölunum „*Markaðsáætlun 2008*“ og „*Markaðsáætlun 2009*“ segir: „*Staða MS sem markaðsráðandi aðila getur haft áhrif á samningsstöðu kaupenda. Fyrirtækinu er strangt til tekið óheimilt að gera upp á milli viðskiptavina sinna.*“ Í skjölunum „*Markaðsáætlun 2011*“ og „*Markaðsáætlun 2012*“ segir: „*MS er markaðsráðandi aðili og það takmarkar möguleika að vissu marki í samkeppni við nýja aðila á markaði.*“

<sup>305</sup> Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í málinu (ákvörðun nr. 39/2006) segir: „*Osta og smjörösalan er í einokunarstöðu á hinum skilgreinda markaði og keppinautur Mjólku í sölu á osti. Jafnframt liggur fyrir að eigendur félagsins eru í samkeppni við Mjólku. Af þessu leiðir óhjákvæmilega að sérstaklega ríkar skyldur hvíla á Osta og smjörösalunni skv. 11. gr. samkeppnislaga um grípa ekki til neinna ráðstafana sem hindrað geta samkeppni og vöxt hennar. Þegar af þessum ástæðum getur verið þörf á því að beita viðurlagaákvæði 37. gr. samkeppnislaga í máli þessu. Hins vegar verður ekki framhjá því lítið að verð á undanrennudufti er að öllu leyti ákvarðað á grundvelli búvörulaga og af þeim sökum geta tengsl samkeppnislaga og búvörulaga hafa virst óljós. Þykir því ekki rétt í þessu máli að beita 37. gr. samkeppnislaga og er á því byggt að ákvörðun þessi hafi réttarskýrandi áhrif að þessu leyti. Verði Samkeppniseftirlitið þess hins vegar áskynja að Osta- og smjörösalan sé enn með samkeppnishamlandi aðgerðir má búast við að viðurlagaheimildum verði beitt.*“



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.

Til viðbótar hefur MS haft beina aðkomu að stjórnslu landbúnaðarins enda sat starfsmaður fyrirtækisins í verðlagsnefnd búvöru. MS gat því ekki dulist að verðlagsnefnd búvöru ákvað ekki það verð sem félagið studdist við í viðskiptum við annars vegar KS og Mjólku II og hins vegar Mjólku I og Mjólkurbúið. Í ákvörðun þessari er þannig gerð grein fyrir því að á rannsóknartímabili málsins ákvað verðlagsnefnd búvöru ekki heildsöluverð á hrámjólk til afurðastöðva í mjólkuriðnaði. Auk þess er ákvörðun verðlagsnefndar um lágmarksverð á mjólku til bænda ekki ákvörðun um verðlagningu á hrámjólk sem miðlað er milli afurðastöðva í samstarfi. MS getur því ekki byggt á góðri trú eða borið fyrir sig ákvarðanir verðlagsnefndar búvöru.

Samkvæmt þessu hefur MS áður sætt afskiptum samkeppnisyfirvalda og ætti því að þekkja vel inntak samkeppnislaga og þá sérstaklega 11. gr. laganna. Hið sama gildir um ákvæði búvörlaga. 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 búvörlaga veittu fyrirtækinu ekki heimild til þess að beita samkeppnishamlandi verðmismunun eða misnota stöðu sína með öðrum hætti. Framangreind samtímagögn sýna að þetta var raunin.

MS var í gríðarlega sterkri stöðu á markaði málsins á rannsóknartímabilinu og geta félagsins til þess að raska samkeppni því mikil. Ríkar skyldu hvíldu því á fyrirtækinu skv. 11. gr. samkeppnislaga, sbr. einnig 1. gr. laganna, sem eðli málsins samkvæmt kölluðu m.a. á sérstaka aðgæslu við ákvörðun á viðskiptakjörum gagnvart fyrirtækjum eins og Mjólku I og Mjólkurbúinu.

Hrámjólk er grundvallarhráefni við framleiðslu á mjólkurafurðum og MS mátti vera það ljóst að það væri til þess fallið að raska samkeppni að selja litlum keppinautum þá vöru á verði sem annars vegar miðaðist við verð á dýrari vöru og hins var mun hærra verði en það verð sem tengdir aðilar (og MS sjálf) fengu vöruna á. 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.

#### 2.4 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 hrökklást út af markaðnum, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 550/2007, *Árdegi hf. gegn*



*Samkeppniseftirlitinu.*<sup>306</sup> Er þetta sama regla og gildir í EES/ESB-samkeppnisrétti.<sup>307</sup> 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.<sup>308</sup>

Ef hins vegar „*sýnt er fram á að ólögmaet 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. Ólögmaetur samningur markaðsráðandi fyrirtækis sem kemst til framkvæmda er dæmi um þetta, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2002 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*. Hið sama gildir ef samráði er hrint í framkvæmd, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands frá 27. nóvember 2014 í máli nr. 112/2014, *Samkeppniseftirlitið gegn Langasjó o.fl.* 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.<sup>309</sup> 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

---

<sup>306</sup> Í dómnum var staðfest niðurstaða áfrýjunarnefndar og Héraðsdóms Reykjavíkur um sektir með vísan m.a. til þess að brot Skífunnar hf. voru umfangsmikil, alvarleg og stóðu lengi. Í dómi héraðsdóms sagði: „Þá er af hálfu stefnanda vísað til þess að ekkert bendi til þess að meint samkeppnisbrot stefnanda hafi haft í för með sér skaðlegar afleiðingar en líta verði meðal annars til áhrifa af broti þegar alvarleiki þess er metinn. Áhrifin í þessu tilviki verði að teljast óveruleg sem hljóti að draga úr alvarleika brotsins. Ummæli og framsetning í ákvörðun stefnda, sem áfrýjunarnefndin virtist staðfesta, að ósannað sé að meint brot hafi haft í för með sér beinar skaðlegar afleiðingar, verði að skilja þannig að stefndi og áfrýjunarnefndin líti svo á að meint brot hafi ekki haft nein skaðleg áhrif á markaðinn. Hér verður að telja að áfrýjunarnefndin hafi litið svo á að háttsemi stefnanda væri til þess fallin að hafa umtalsverð áhrif enda segir í úrskurði nefndarinnar að fyrirsvarsmönnum stefnanda hafi mátt vera ljóst að af samningunum kynni að leiða rökun á samkeppni og að umfang samkeppnishamla hafi verið verulegt, eins og áður er komið fram. Verður ekki fallist á að mat nefndarinnar á alvarleika brotanna hafi verið rangt, enda hefur ekki verið sýnt fram á það af hálfu stefnanda. Þegar litið er til þessa verður ekki fallist á framangreind rök stefnanda og er þessari málsástæðu hans því hafnað.“

<sup>307</sup> Sjá hér t.d. mgr. 165-166 í dómi dómstóls ESB frá 6. desember 2012 í máli C-457/10 AstraZeneca gegn framkvæmdastjórninni. Sjá einnig dóm undirréttar ESB frá 30. september 2003 í máli nr. T-203/01 Michelin gegn framkvæmdastjórninni: „... 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.“

<sup>308</sup> 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 infringement brought about an unlawful advantage for the undertakings concerned, or to take into consideration any lack of benefit from the infringement“

<sup>309</sup> Af 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.“



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 til þyngingar.

#### 2.5 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. til hliðsjónar dóma Hæstaréttar Íslands frá 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010, *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, og frá 28. apríl 2016 í máli nr. 419/2015, *Valitor 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 stjórnslusektir 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 samkeppnismála 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.“ Í dómi Hæstaréttar 28. apríl 2016 í máli nr. 419/2015 var í umfjöllun um sekt samkvæmt samkeppnislögum vísað til heildarveltu hins brotlega fyrirtækis og heildarveltu á viðkomandi markaði.

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 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.<sup>310</sup>

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

#### *Innvigtun mjólkur innan greiðslumarks verðlagsárið 2013:*

---

<sup>310</sup> 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 ... “.



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 Mjólku I) við MS. Brot þessa máls tengjast því umfangsmiklum viðskiptum á mikilvægu hráefni. Heildarvelta Auðhumlu, móðurfélags MS, var samkvæmt samstæðureikningi 26,7 milljarðar kr. á árinu 2015 og 24,5 milljarðar kr. árið 2014. Á árinu 2013 var heildarveltan 21,9 milljarðar kr. Virðist velta móðurfélagsins sjálfs vera óveruleg enda kemur fram á heimasíðu MS að heildarvelta félagsins á árinu 2015 og 2014 sé sú sama og móðurfélagsins.<sup>311</sup>

Með vísan til alls framangreinds verður ekki hjá því komist í málinu en að leggja á MS verulega íþyngjandi viðurlög skv. 37. gr. samkeppnislaga. Með hinni nýju rannsókn Samkeppniseftirlitsins í þessu máli sem ráðist var í eftir úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 5/2014 hefur komið í ljós að málið er enn alvarlega en í fyrstu var talið og lýst í ákvörðun eftirlitsins nr. 26/2014. Vísast hér til umfjöllunar í m.a. kafla V 6 hér að framan.

Sjónarmið MS geta ekki breytt mati Samkeppniseftirlitsins á nauðsyn þess að leggja á sekt og á alvarleika málsins, sbr. umfjöllun hér að framan og hér á eftir.

Með vísan til alls framangreinds telur Samkeppniseftirlitið hæfilegt að leggja 440 milljónir kr. sekt á MS vegna brots fyrirtækisins gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga leggur Samkeppniseftirlitið sekt á fyrirtæki sem brjóta gegn 19. gr. samkeppnislaga, sbr. einnig dóm Hæstaréttar frá 14. maí 2009 í máli nr. 479/2008 *Samkeppniseftirlitið gegn IceCapital ehf.* Hér að framan var rökstutt að MS hafi brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga í málinu. Samkeppniseftirlitið telur að um alvarlegt brot hafi verið að ræða sem hafi tafið meðferð þessa máls. Í ljósi þessa og því skyni að skapa bæði almenn og sérstök varnaðaráhrif telur Samkeppniseftirlitið nauðsynlegt að leggja 40 milljónir kr. sekt á MS vegna brota á 19. gr. samkeppnislaga.

## 2.6 Nánar um sjónarmið MS

MS hefur sett fram ýmis sjónarmið til stuðnings því annars vegar að ekki beri að leggja sekt á félagið og hins vegar sem eiga að leiða til lægri sekta en ella. Hefur verið vikið að þessum sjónarmiðum að hluta og hér á eftir verður fjallað um þau sem út af standa.

### *Um sektir í öðrum málum*

MS heldur því fram að sektin sem lögð hafi verið á fyrirtækið í ákvörðun nr. 26/2014 hafi verið óeðlilega há og ekki geti staðist að leggja á fyrirtækið enn hærra sekt. Þessu til stuðnings vísar MS til sektarákvarðana í öðrum málum.

<sup>311</sup> Sjá <http://ms.is/files/ms-2015.pdf>



Samkeppniseftirlitið bendir hér fyrst á að í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 9/2005, *Ólögmætt samráð tryggingafélaganna við að taka upp Cabas-tjónamatskerfi við bifreiðaréttingar og -sprautun*, var fjallað um það sjónarmið Sjóvár-Almennra (SA) að sektarákvörðun samkeppnisráðs yrði að vera í samræmi við eldri mál. Með vísan til dómaframkvæmdar í EES/ESB-samkeppnisrétti benti samkeppnisráð á að sökum tilgangs sekta í samkeppnisrétti væri heimilt að hækka sektir þrátt fyrir að lægri sektir hafi áður verið lagðar á vegna tiltekinna brota. Ekki væri því unnt að hnekkja sektarákvörðun í samkeppnisrétti á þeim grunni einum að sektir í eldri sambærilegum málum hafi verið lægri. Fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála hélt SA því fram að jafnræðisregla stjórnsýslulaga hefði verið brotin og sekt samkeppnisráðs hefði ekki verið í neinu samræmi við innlend fordæmi. Taldi fyrirtækið m.a. að úrlausnir evrópskra samkeppnisyfirvalda gætu ekki leyst samkeppnisráð undan skyldum þess skv. 11. gr. stjórnsýslulaga. Áfrýjunarnefnd staðfesti hins vegar sektarákvörðun samkeppnisráðs og vísaði í því samhengi til röksemda í hinni kærðu ákvörðun, sbr. úrskurð í máli nr. 8/2005.<sup>312</sup>

Dómstólar ESB hafa síðan áréttað það sjónarmið að þrátt fyrir að lægri sektir hafi verið lagðar á í samskonar eldri málum komi það ekki í veg fyrir að sektir séu hækkaðar í nýrri málum. Fyrirtæki geti ekki haft lögmætar væntingar að þessu leyti.<sup>313</sup> Þessi sjónarmið voru t.d. áréttuð með skýrum hætti í dómi dómstóls ESB frá 19. apríl 2012 í Tomra málinu, mál nr. C-549/10.<sup>314</sup>

Sú niðurstaða dómstóla ESB að heimilt sé að leggja á hærri sektir í nýrri málum þrátt fyrir að sektir í eldri málum hafi verið lægri er vitaskuld í samræmi við þá jafnræðisreglu sem gildir bæði í EES/ESB-samkeppnisrétti og hér á landi. Ber í þessu sambandi að hafa í huga að „viðurlagaákvörðun í samkeppnismálum getur byggst á fjölda breyta sem horfa ólíkt við í hverju einstöku máli.“, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2013, *Valitor hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Hafa fræðimenn sett fram þá skoðun að vegna eðlis samkeppnismála geti mismunandi mál aldrei verið sambærileg í skilningi jafnræðisreglunnar og hún gildi helst varðandi aðila sama máls.<sup>315</sup>

Samkvæmt þessu dugar ekki fyrir MS að vísa einungis til þess að í eldri málum hafi sektir verið lægri, eða að brot í þeim málum þar sem hærri sektir hafa verið lagðar hafi með

<sup>312</sup> Úrskurður áfrýjunarnefndar var staðfestur af Héraðsdómi Reykjavíkur en SA fór ekki með málið fyrir Hæstarétt.

<sup>313</sup> Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í sameinuðum málum nr. m.a. C-189/02, *Dansk Rørindustri gegn framkvæmdastjórninni* [2005] ECR I-5425: „... undertakings involved in an administrative procedure in which fines may be imposed cannot acquire a legitimate expectation in the fact that the Commission will not exceed the level of fines previously imposed ...“ Sjá einnig dóm undirréttar EB í máli nr. T-52/02, *SNCZ gegn framkvæmdastjórninni*[2005] ECR II-1751: „It must be emphasised, in that connection, that the Commission's practice in earlier decisions does not in itself serve as a legal framework for fines in competition matters. The fact that in the past the Commission may have applied fines of a particular level for certain types of infringements does not mean that it is estopped from raising that level within the limits indicated by Regulation No 17 if that is necessary to ensure implementation of Community competition policy ...“

<sup>314</sup> Eina málsástaða Tomra vegna álagðar sektar var að hún hefði verið hærri en í eldri málum og því brot á jafnræðisreglunni. Benti Tomra á að sekt fyrirtækisins vegna misnotkunar á markaðsráðandi stöðu hefði verið 8% af veltu þess. Í öðrum málum sem framkvæmdastjórnin hefði talið mjög alvarleg og vörðuðu misnotkun á markaðsráðandi stöðu hefðu sektir verið mun lægri (í tilvikum Microsoft 1,5% af veltu og í tilvikum AstraZeneca 3% af veltu), sbr. mgr. 101 í dómnum. Dómstóll ESB féllst ekki á þetta og ítrekaði m.a. að virk framkvæmd samkeppnisreglna geti krafist þess að lagðar séu á hærri sektir í yngra máli en gert var í samskonar eldra máli, sbr. mgr. 104-106 í dómnum.

<sup>315</sup> Sjá Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, fimmta útgáfa 2010 bls. 1091: „Arguably, cases are never similar and therefore the application of the principle of equal treatment relates only to the comparison of the situation of the various parties involved in the same case. Further, the European Courts have systematically confirmed that the Commission's earlier decision-making practice does not serve as a legal framework for the fines imposed in competition matters.“



einhverjum hætti verið alvarlegri en brot MS. Sönnunarbyrði um brot á jafnræðisreglu hvílir á MS, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands frá 14. mars 2013 í máli nr. 355/2012, *Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

MS vísar til sekta sem lagðar voru á Símann, Valitor og Haga vegna brota á 11. gr. samkeppnislaga. MS rökstyður hins vegar ekki að hvaða leyti mál þessara fyrirtækja hafi verið sambærileg eða ósambærileg þessu máli.

MS vísar einnig til sektar sem norsk samkeppnisyfirvöld lögðu á mjólkurvöruframleiðandann Tine fyrir misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Segir MS að sektin hafi numið 0,3% af veltu Tine. MS rökstyður hins vegar ekki að hvaða leyti Tine málið sé sambærilegt þessu máli. Þar fyrir utan er eðli málsins samkvæmt mismunandi, eftir atvikum hverju sinni, hvaða sektir eru lagðar á vegna brota markaðsráðandi fyrirtækja í mjólkuriðnaði, sbr. t.d. Valio málið í Finnlandi.<sup>316</sup>

#### *Um eðli og umfang brota*

MS segir að það sé rangt hjá Samkeppniseftirlitinu að meint brot félagsins varði mikilvægan markað. Staðhæfir MS að Mjólkurbúið noti hrámjólk eingöngu til framleiðslu á mygluostum. Geti möguleg áhrif meintra brota MS því einungis komið fram við framleiðslu og sölu umræddra osta.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þetta. Fyrir það fyrsta beindist brot MS ekki aðeins að Mjólkurbúinu heldur einnig að Mjólkku I. Þessi fyrirtæki framleiddu margskonar mjólkurafurðir og eins og fyrr sagði voru aðgerðir MS til þess fallnar að raska samkeppni með alvarlegum hætti á mikilvægum markaði. Vísast hér einnig til umfjöllunar í köflum II 7.1 og 8 og til IV og V kafla í heild sinni.

#### *Um ætlaða óvissu og huglæga afstöðu*

MS heldur því fram að Samkeppniseftirlitið geri ósanngjarnar kröfur til þekkingar fyrirtækisins á samkeppnis- og búvörulögum og bendir ennfremur á að lögmenn félagsins hafi „*allt aðra sýn*“ á lagaleg atriði þessa máls heldur en Samkeppniseftirlitið hafi haft.

Samkeppniseftirlitið vísar hér til dóms dómstóls ESB frá 18. júní 2013 í máli nr. C-681/11. Í honum var fjallað um það sjónarmið fyrirtækis að óheimilt sé að leggja á það sekt vegna samkeppnisbrots þar sem það hafi talið, á grundvelli álits frá sérfræðingum í samkeppnisrétti, að háttsemi þess væri lögmæt.<sup>317</sup> Dómstóllinn féllst ekki á þetta. Í dómnum er tekið fram að lögð sé sekt á fyrirtæki ef því mátti vera ljóst að aðgerðir þess væru í eðli sínu samkeppnishamlandi og ekki sé skilyrði að fyrirtækinu hafi einnig verið það

---

<sup>316</sup> Valio er samskonar fyrirtæki og MS. Er það í eigu finnskra mjólkurbænda en staða þess er ekki eins sterk á markaði og staða MS hér á landi. Valio er hins vegar í markaðsráðandi stöðu og með dómi sínum frá 26. júní 2014 staðfesti finnski markaðsdómstóllinn þá niðurstöðu þarlendrar samkeppnisfirvalda að Valio hefði misnotað stöðu sína með undirverðlagningu. Var lögð 70 milljóna evra sekt á Valio og er það hæsta sekt sem lögð hefur verið á vegna misnotkunar á markaðsráðandi stöðu í Finnlandi. Var þessi sekt 3,5% af veltu Valio.

<sup>317</sup> Sjá mgr. 25 í dómnum: „*The defendants ... in particular denied fault, arguing that ... they had obtained advice from a reliable legal practice experienced in matters of competition law.*“





ljóst að aðgerðir þess fælu í sér brot á samkeppnisreglum.<sup>318</sup> Af þessu leiði að röng ráðgjöf lögmannna komi ekki í veg fyrir að lögð sé sekt á brotlegt fyrirtæki.<sup>319</sup>

Samkeppniseftirlitið telur að MS hafi ekki getað dulist að kjör fyrirtækisins, sem giltu við sölu á grundvallarhráefni í mjólkuriðnaði til ótengdra lítilla keppinauta, hafi í eðli sínu verið samkeppnishamlandi. Þá sýna samtímagögn málsins að MS var ljóst að fyrirtækið væri markaðsráðandi og að 11. gr. samkeppnislaga gildi gagnvart því. Framangreind sjónarmið MS geta því ekki breytt mati Samkeppniseftirlitsins.

MS heldur því fram að „skynsamlegur vafi“ hafi verið fyrir hendi um hvort kjör félagsins á hrámjólk hafi farið gegn samkeppnislögum og því beri að fella niður eða lækka sekt. Vísar MS þessu til stuðnings til ákvörðunar framkvæmdastjórnar ESB frá 2004 í máli Samtaka belgískra arkitekta.

Að mati Samkeppniseftirlitsins var engin slíkur vafi fyrir hendi í þessu máli og vísast til umfjöllunar hér að framan.

Varðandi umrædda ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar er rétt að halda því til haga að vafi um að samtökin hafi fram til ársins 1993 haft vitneskju um að viðmiðunartaxti þeirra bryti gegn samkeppnisreglum leiddi ekki til sérstakrar lækkunar sektarinnar af þeirri ástæðu að brotið hafi verið framið af gáleysi heldur þótti rétt að draga að hluta úr sérstakri hækkun á grunnfjárhæð sektarinnar vegna tímalengdar brotanna.

#### *Um samstarf og upplýsingagjöf MS*

MS heldur því annars vegar fram að Samkeppniseftirlitið hafi haft nær engan vilja til þess að veita félaginu leiðbeiningar og hins vegar vísar félagið til „fjölda funda“ sem það hafi átt með eftirlitinu í því skyni að tryggja að starfsemi félagsins væri í samræmi við samkeppnislög. MS hafi starfað með Samkeppniseftirlitinu og veitt upplýsingar umfram lagaskyldu og því beri að lækka sektir félagsins. Vísar MS þessu til stuðnings til 4. mgr. 29. liðar leiðbeinandi reglna ESB um álagningu sekta.

Í máli þessu er um það að ræða að MS hefur veitt upplýsingar undir rekstri málsins í samræmi skv. 19. gr. samkeppnislaga. Skýrt hefur komið fram í EES/ESB-samkeppnisrétti að fyrirtæki sem afhenda gögn og veita upplýsingar samkvæmt lagaskyldu eiga ekki rétt á lækkun sekta.<sup>320</sup> Umræddur liður reglna framkvæmdastjórnarinnar tekur aðeins til þess

---

<sup>318</sup> Mgr. 37: „In relation to the question whether an infringement has been committed intentionally or negligently and is, therefore, liable to be punished by a fine in accordance with the first subparagraph of Article 23(2) of Regulation No 1/2003, it follows from the case-law of the Court that that condition is satisfied where the undertaking concerned cannot be unaware of the anti-competitive nature of its conduct, whether or not it is aware that it is infringing the competition rules of the Treaty ...”

<sup>319</sup> Sjá mgr. 41. „It follows that legal advice given by a lawyer cannot, in any event, form the basis of a legitimate expectation on the part of an undertaking that its conduct does not infringe Article 101 TFEU or will not give rise to the imposition of a fine.” Um var að ræða forúrskurð dómstólsins spurði dómstóll í Austurríki m.a. að þessu: „Is an error with regard to the lawfulness of conduct unobjectionable in the case where the undertaking acts in accordance with advice given by a legal adviser experienced in matters of competition law and the erroneous nature of the advice was neither obvious nor capable of being identified through the scrutiny which the undertaking could be expected to exercise?” Svar dómstóls ESB var: „Article 101 TFEU must be interpreted as meaning that an undertaking which has infringed that provision may not escape imposition of a fine where the infringement has resulted from that undertaking erring as to the lawfulness of its conduct on account of the terms of legal advice given by a lawyer or of the terms of a decision of a national competition authority.”

<sup>320</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-213/00, CMA CGM gegn framkvæmdastjórninni [2003] ECR II-4071. „...Cooperation in an investigation which does not go beyond that which undertakings are required to provide



þegar viðkomandi fyrirtæki veitir umtalsverða aðstoð, umfram lagaskyldu, við að upplýsa viðkomandi mál.<sup>321</sup> Fundir eða önnur samskipti sem ekki varða viðkomandi mál geta ekki fallið hér undir.

MS hefur ekki fært rök fyrir því að hafa við meðferð málsins veitt aðstoð við rannsókn málsins umfram lagaskyldu. Þá er ljóst að samskipti í ótengdum málum leiða enn síður af sér rétt til lækkunar sekta vegna brota fyrirtækis.

Ekki er útskýrt af hálfu MS hvernig félagið telur rétt að vísa annars vegar til fjölda funda með Samkeppniseftirlitinu og hins vegar að staðhæfa að eftirlitið hafi nær engan vilja til að veita leiðbeiningar.

Ekki verður ráðið af sjónarmiðum MS að félagið haldi því fram að Samkeppniseftirlitið hafi neitað að veita leiðbeiningar um þau atriði sem mál þetta tekur til. Að öðru leyti mótmælir Samkeppniseftirlitið einhliða lýsingum MS á samskiptum við eftirlitið. Hins vegar er ekki nauðsynlegt að fjalla um það hér þar sem þau samskipti varða ekki þetta mál.

#### *Um verðlagsnefnd búvöru og Deutsche Telekom*

MS staðhæfir að verðlagsnefnd búvöru hafi ákveðið þá verðlagningu félagsins sem mál þetta tekur til. Bendir MS á að samkvæmt EES/ESB-samkeppnisrétti megi lækka sektir þegar brotleg háttsemi hefur verið heimiluð af yfirvöldum. Vísar MS þessu til stuðnings til dóms í Deutsche Telekom málinu, auk ákvörðunar framkvæmdastjórnarinnar í málinu. Segir MS að framkvæmdastjórnin hafi horft til þeirrar staðreyndar að „*ákvæðanir um heildsölu- smásöluverð innan fjarskiptageirans voru teknar í samræmi við ákvæði sérlaga og voru að hluta í höndum þýska fjarskiptaftirlitsins, lögum samkvæmt*“ og þetta hafi leitt til lækkunar sektar.

Samkeppniseftirlitið áréttar að verðlagsnefnd búvöru hefur ekki ákveðið þá verðlagningu sem mál þetta tekur til.

Í dómi dómstóls ESB frá 14. október 2010 í máli nr. C-280/08 lá fyrir að framkvæmdastjórn ESB komst að þeirri niðurstöðu að markaðsráðandi fjarskiptafyrirtæki, Deutsche Telekom, hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína með verðlagningu á heildsöluaðgangi að tilteknum fjarskiptakerfum þess og lagði sekt á fyrirtækið. Í málinu lá fyrir að þýsk fjarskiptayfirvöld (RegTP) höfðu ítrekað tekið þessa verðlagningu til athugunar og ekki gert athugasemdir. Sökum þessa lækkaði framkvæmdastjórnin álagða sekt um 10% og var hún ákveðin 12,6 milljónir evra.<sup>322</sup> Fyrir dómstólum ESB hélt Deutsche Telekom því fram að vegna afskipta þýskra yfirvalda gæti þessi sekt ekki staðist og aðeins væri heimilt að leggja táknaða sekt á fyrirtækið.<sup>323</sup> Hvorki undirrétturinn né dómstóll ESB féllust á þetta. Ekki fæst því séð hvernig þetta mál styður sjónarmið MS.

---

*under Article 11(4) and (5) of Regulation No 17 does not justify a reduction in the fine (Case T-317/94 Weig v Commission [1998] ECR II-1235, paragraph 283)."*

<sup>321</sup> Sjá Bellamy & Child, European Union Law of Competition, sjöunda útgáfu 2013, bls. bls. 1119.

<sup>322</sup> Lýst svo í mgr. 310 í dómi undirréttarins: „*At the hearing, the Commission explained that the 10% reduction of the fine to take account of the fact that 'the [applicant's] retail [charges for end-user access services] and wholesale charges [for local loop access services] ... were subject to sector specific regulation ... on national level' (recital 212 [of] the [decision at issue]) relates to RegTP's intervention in setting the applicant's prices and to the fact that that national authority has, on several occasions during the period covered by the [decision at issue], considered the question of the existence of a margin squeeze resulting from the applicant's tariff practices.*“

<sup>323</sup> Sjá mgr. 301-302 í dómi undirréttarins.



### *Um brotatímabilið*

MS heldur því fram að Samkeppniseftirlitið ofmeti lengd brotatímabilsins. Gera verði skýran greinarmun á tveimur tímabilum. Annars vegar viðskiptin við Mjólku I (frá mars 2008 til júlí 2009 (1 ár og 3 mánuðir)) og hins vegar við Mjólkurbúið (árslok 2010 til til árslok 2013 (3 ár)). Segir MS einnig að hafi „röng stefna verið tekin við verðlagningu MS í þeim viðskiptum, var ákvörðun þar að lútandi tekin árið 2008. Sú stefna var ekki leiðrétt á nefndu tímabili, einfaldlega af þeirri ástæðu að hún sætti ekki endurskoðun af hálfu MS frá því að hún var tekin.“

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á framangreint. Í ákvörðun þessari er komist að þeirri rökstuddu niðurstöðu að brot MS hafi staðið frá árinu 2008 til ársloka 2013 en um er að ræða það tímabil sem Samkeppniseftirlitið rannsakaði. Brot MS náði yfir allt rannsóknartímabilið. Í m.a. kafla IV 3.4 hér að framan er sýnt fram á að Mjólka I var óháður viðskiptavinur og keppinautur MS frá 2008 til og með öllu árinu 2009. Á árinu 2010 hóf Mjólkurbúið að kaupa hrámjólk af áfrýjanda og stóðu þau viðskipti til enda rannsóknartímabilsins (ársloka 2013). Þá er ljóst að kjör MS á hrámjólk til ótengdra keppinauta voru ólögmæt allt rannsóknartímabilið.

Þá útskýrir MS ekki hvers vegna beri að gera greinarmun á umræddum tímabilum. Ljóst er að Mjólkurbúið keypti minna magn af hrámjólk en Mjólka I. Það breytir því ekki að brot MS var samfelld og varðaði samanlagt umtalsverð viðskipti við hina minni keppinauta. Samtals námu þannig mjólkurkaup Mjólku I og síðar Mjólkurbúsins af MS alls um 494 milljónum kr. á rannsóknartímabilinu, sbr. umfjöllun í kafla IV 2 hér að framan. Sjónarmið MS um tvö tímabil breytir því heldur ekki að brot félagsins tók til langs tíma í skilningi samkeppnisréttar. Ekki fæst séð hvaða þýðingu sjónarmið MS um að félagið hafi ekki stöðvað hina ólögmætu háttsemi hafi þýðingu í þessu samhengi. Ef eitthvað er þá staðfesta þau sjónarmið að brot MS átti sér stað á öllu rannsóknartímabilinu.

### *Ekki ber að líta til veltu MS*

MS telur ótækt með öllu að horfa til veltu félagsins við ákvörðun sekta. Þau sjónarmið, að líta til veltu brotlegs aðila við ákvörðun hæfilegrar sektar taki mið af „hefðbundnum“ fyrirtækjum sem ætlað sé að skila hluthöfum sínum hagnaði og vera arðbær. Þvert á móti eigi tekjur og gjöld í ársuppgjöri MS að jafnast út þannig að tryggt sé að bæði bændur og neytendur skipti með sér öllum þeim ávinningi sem búrvörulögum er ætlað að tryggja. Há sekt muni óhjákvæmilega þvinga verðlagsnefnd búvöru til þess að hækka verð á mjólk og mjólkurafurðum til að jafna ársuppgjör MS.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þetta. Varnaðaráhrif, almenn og sérstök, eru mikilvægur þáttur við ákvörðun viðurlaga. Til að sektir geti haft raunveruleg varnaðaráhrif verða þær að skipta einhverju máli fyrir þann sem þær greiðir. Í því skyni er við ákvörðun sekta tekið mið af efnahagslegum styrkleika fyrirtækis eða samtaka fyrirtækja sem aðild eiga að broti og sekt er lögð á.<sup>324</sup> Skiptir þar heildarvelta fyrirtækisins á síðasta almanaksári áður en sekt er lögð á einna mestu. Er því eðlilega horft á heildarveltu MS í þessu máli.

<sup>324</sup> Sjá t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 14/2009 *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*: „[þ]urfa stjórnslusektir að taka mið af fjárhagslegum styrkleika þess sem brýtur samkeppnislögin. Ástæðan er einföld: að öðrum kosti stuðla viðurlögin ekki nægjanlega að því að aðilar á markaði virði lögin. *Fjárhæð sektanna*



Samkeppniseftirlitið fær ekki séð að álögð sekt muni leiða til verðhækkunar á mjólk. Ekki er unnt að fallast á það með MS að verðlagsnefnd búvöru sé komið á laggirnar til þess að jafna ársuppgjör félagsins hverju sinni og sé skylt að bregðast við samkeppnisbroti hans með þeim hætti sem hann lýsir. Verðlagsnefnd ákveður skv. 13. gr. búvörulaga 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. Ekkert segir til um það í búvörulögum að verðlagsnefnd eigi að taka tillit til sekta sem MS kann að fá vegna brota á samkeppnislögum í verðákvörðunum sínum. Umrædd brot eiga ekkert skylt við framleiðslukostnað bænda eða vinnslu og dreifingu búvara og því á framangreind staðhæfing MS ekki við.

### 3. Aðgerðir til að efla samkeppni

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins kom fram að til álita kæmi að beita heimildum 16. gr. samkeppnislaga til að efla virka samkeppni. Gæti sú íhlutun m.a. falið í sér fyrirmæli til MS um að breyta framangreindri verðlagningu á hrámjólk og/eða fyrirkomulagi á þeim viðskiptum til keppnauta í mjólkuriðnaði og háttsemi sem Samkeppniseftirlitið teldi að fæli í sér röskun á samkeppni. Tekið var fram að samkeppnishömlur og hagsmunaárekstur sem kunni að stafa af lóðréttri samþættingu Auðhumlu samstæðunnar gætu haft áhrif á efni mögulegra fyrirmæla. Óskað var eftir mati MS á því hvort eða að hvaða leyti breyttar áherslum MS í samkeppnismálum sem kynntar voru 16. september 2015 hafi áhrif á þörfina fyrir slík fyrirmæli skv. 16. gr. samkeppnislaga. Var í þessu sambandi óskað eftir því að MS gerði heildstæða grein fyrir því hvað felist í þessum breyttu áherslum fyrirtækisins.

MS mótmælir því að skilyrði séu fyrir hendi sem heimili eða réttlæti íhlutun Samkeppniseftirlitsins á grundvelli 16. gr. samkeppnislaga. Fari svo að MS væri talið hafa brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga eins og því er lýst í þessu máli þá gefi það ekki að mati félagsins tilefni til þess að beita viðamikilli íhlutun í eignarrétt og atvinnufrelsi í formi úrræða til breytinga á atferli fyrirtækisins eða skipulagi.

Segir MS að þegar rannsókn þessa máls hófst þá hafi uppgjóri á framlegð vegna samstarfs við KS og Mjólkku II verið „breytt á þann veg að hrámjólk til þeirra tveggja var seld á sama verði til viðskiptavina utan samstarfsins og framlegðarskipti gerð upp með breyttum hætti. Hafi verið um brot að ræða er ljóst að MS hafði frumkvæðið að því að stöðva það þegar rannsókn málsins hófst. Af fyrrgreindu leiðir að engin þörf eða nauðsyn knýr á um að stjórnvaldið verði að beita úrræðum til að stöðva nokkurt brot gegn 11. gr. samkeppnislaga.“ Þá séu engar „aðstæður“ uppi sem réttlæti beitingu 16. gr. samkeppnislaga.

MS áréttar að félagið hafi þegar breytt verðlagningu sinni á hrámjólk og því séu fyrirmæli óþörf. Vísar MS einnig til tilkynningar sinnar frá 16. september 2015 þar sem „MS býður nú framleiðendum allt að 300.000 lítra af mjólk á bændaverði.“

---

verður því að skipta einhverju máli fyrir þann sætir þeim og þær þurfa líka að vera svo háar að enginn telji sér hag í því að brjóta löginn þar sem viðurlögin verði aldrei hærrí en ávinningur af brotinu.“



Í ljósi framangreindrar fyrirspurnar í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins tekur MS fram að vegna yfirvofandi samkeppni erlendis frá sjái félagið enga kosti þess að falla frá samstarfi sínu við KS. Auk þess telji MS ekki rétt að svara fyrirspurn Samkeppniseftirlitsins um hvort félagið muni nýta heimild sem ákvæði búvörulaga veiti því til samstarfs við aðra aðila í greininni. Landbúnaðarráðherra fari með yfirstjórn þeirra mála sem búvörulög taki til og hafi ráðuneytið, auk löggjafans, eftirlit með að tilgangi búvörulaga sé náð.

Sem fyrr segir telur MS ekki rétt að heimildum 16. gr. samkeppnislaga sé beitt í þessu máli. Vísar MS m.a. til þeirra breytinga sem fyrirtækið hefur gert á viðskiptaskilmálum sínum eftir að rannsóknartímabili þessa máls lauk. Ber að víkja að því.

### 3.1 Breytingar á skilmálum MS eftir rannsóknartímabilið

Hér ber fyrst að líta til þess að þann 27. september 2014 sendi MS frá sér eftirfarandi opinbera yfirlýsingu:

*„Verð á ógerilsneyddri mjólk í lausu máli verður hið sama frá og með mánudeginum 29.september í öllum viðskiptum MS hvort sem um er að ræða sölu til óskyldra aðila eða miðlun á mjólk til fyrirtækja í framleiðslusamstarfi með MS. Um er að ræða varúðarráðstöfun, sem gildir meðan á áfrýjunarferli stendur eftir ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, sem kynnt var í síðustu viku. Í henni felst engin viðurkenning á niðurstöðu eftirlitsins í málinu sem verður vísað til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. [...]*

*Þetta þýðir að á meðan á málinu stendur verður reikningsfært hráefnisverð milli aðila í samstarfinu hið sama og til óskyldra aðila sem standa utan samstarfs. Það verð er í samræmi við ákvörðun verðlagsnefndar búvöru um verð fyrir ógerilsneidda mjólk í lausu máli sem tók gildi 1. apríl 2014. Innifalið í því verði er hlutdeild í áföllnum kostnaði við flutning og dreifingu, rannsóknir, gæðaeftirlit og sameiginlegan kostnað. Þetta verð gildir frá og með mánudeginum 29. september 2014 í öllum viðskiptum MS á þessum markaði.“*

Eins og gerð hefur verið grein fyrir gerðu MS og KS með sér nýjan samning eftir að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 26/2014 var tekin. Er sá samningur frá 2. október 2014. Í samningnum er m.a. mælt fyrir um viðskiptakjör á m.a. hrámjólk sem gilda milli MS og KS/Mjólk II.<sup>325</sup> Um þetta segir í samningnum:

*„Öll innbyrðis viðskipti aðila með mjólk og mjólkurafurðir verða samkvæmt gildandi heildsöluverðskrá hverju sinni eins og ef um ótengda aðila væri að ræða. Öll viðskipti með rjóma í lausu máli skulu vera samkvæmt gildandi heildsöluverðskrá MS hverju sinni og viðskipti með ógerilsneydda nýmjólk í lausu máli verða samkvæmt ákvörðun verðlagsnefndar búvöru, sem í gildi er þegar viðskipti eiga sér stað.“*

Þann 16. september 2015 tilkynnti MS um breyttar áherslur í samkeppnismálum. Í fréttatilkynningu fyrirtækisins segir um þetta:

<sup>325</sup> Fram kemur í samningnum að Mjólk II sé dótturfélag í 100% eigu KS og að litið sé á KS og Mjólk II sem einn og sama aðila.



„Hin síðustu ár hefur verið vaxandi umræða um samkeppnismál á mjólkurvörumarkaði. Hafa margir talið nauðsynlegt að fleiri aðilar kæmu að framleiðslu í mjólkuriðnaði því að slíkt muni bæta hag neytenda og einnig til að yta undir fjölbreytta framleiðslu og nýsköpun.

Nú hefur Mjólkursamsalan (MS) ákveðið að fara í aðgerðir til að koma til móts við þessi sjónarmið og er það einlæg von MS að það muni leiða til þess að framleiðsla á mjólkurvörum verði enn fjölbreyttari og gróskumeiri en áður og að fleiri spennandi vörur muni líta dagsins ljós á þessum markaði.

Aðgerðir MS nú miða að því að styrkja smærri framleiðendur og gera nýjum aðilum auðveldara með að hefja rekstur, byrja framleiðslu og ná að vaxa og dafna á markaði. MS mun frá og með 1. október n.k. bjóða þeim sem framleiða úr mjólk að fá allt að 300.000 lítra af mjólk á sama verði og Mjólkursamsalan greiðir bændum, en það eru tæpar 85 kr. fyrir hvern lítra sem bændur framleiða.

Þetta er rúmlega 11% lækkun frá almennu verði á ógerilsneyddri hrámjólk og felur í sér að MS er að veita öðrum framleiðendum endurgjaldslausan aðgang að því kerfi sem fyrirtækið rekur til þess að safna, gæðaprófa og miðla óunninni mjólk.

Það er von MS að þetta frumkvæði verði lyftistöng fyrir nýja framleiðslu frá fleiri aðilum í greininni. Jafnframt má segja að þessi jöfnun á aðstöðu stórs og lítilla aðila sé mikilvægt sanngirnismál og að MS sé að mæta samfélagslegri skyldu með hliðsjón af markaðsstöðu sinni og stærðarhagkvæmni.

Einnig er þessi ákvörðun tekin með hagsmuni eigenda Mjólkursamsölnnar í huga en það eru 650 kúabændur um allt land. Þeir munu áfram selja jafnmikla mjólk og áður en vonandi til fleiri framleiðenda sem vilja spreyta sig á því að þróa nýjar og áhugaverðar vörur sem unnar eru úr mjólk. Það gæti haft jákvæð áhrif á mjólkursölu frá bændum.

Jafnframt þessu hefur MS áhuga á að vinna með aðilum sem myndu vilja kaupa vörur á mismunandi framleiðslustigi, til að vinna áfram undir eigin vörumerki. Það gæti verið áhugavert fyrir frumkvöðla, t.d. aðila í ferðaþjónustu eða veitingastarfsemi.

Gert er ráð fyrir að árangurinn af þessum breytingum verði metinn að þremur árum liðnum og framhaldið ráðist af því hvernig til tekst."

### 3.2 Niðurstaða

Samkvæmt 1. mgr. 16. gr. samkeppislaga getur Samkeppniseftirlitið gripið til aðgerða gegn samningum, skilmálum og hvers konar athöfnum sem brjóta m.a. í bága við bannákvæði laganna. Í 2. mgr. segir:



*„Aðgerðir Samkeppniseftirlitsins geta falið í sér hverjar þær ráðstafanir sem nauðsynlegar eru til að efla samkeppni, stöðva brot eða bregðast við athöfnum opinberra aðila sem kunna að hafa skaðleg áhrif á samkeppni. Samkeppniseftirlitið getur beitt nauðsynlegum úrræðum bæði til breytingar á atferli og skipulagi vegna þeirra atriða sem tilgreind eru í 1. mgr. í réttu hlutfalli við það brot sem framið hefur verið eða þær aðstæður eða háttsemi sem um ræðir. Þó er einungis heimilt að beita úrræðum til breytingar á skipulagi ef sýnt þykir að ekki sé fyrir hendi árangursríkt úrræði til breytingar á atferli eða þar sem jafnárangursríkt úrræði til breytingar á atferli væri meira íþyngjandi fyrir hlutaðeigandi aðila en úrræði til breytingar á skipulagi.“*

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur bent á að Samkeppniseftirlitinu séu í 16. gr. samkeppnislaga veittar víðtækar heimildir til að bregðast við broti á bannreglum en ávallt verði að gæta að því að einstakar ákvarðanir byggi á málefnalegum sjónarmiðum og gangi ekki lengra en þörf er á, sbr. úrskurð nefndarinnar í máli nr. 13/2011, *Langisjór ehf., Síld og fiskur ehf., og Matfugl ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Hins vegar verður samkvæmt ákvæðinu að tryggja að aðgerðir séu „*árangursríkar*“ og dugi þar með til að vinna gegn viðkomandi samkeppnishömlum.<sup>326</sup>

Í athugasemdum við frumvarp sem varð að núgildandi samkeppnislögum segir að sem dæmi um aðgerðir sem lagt er til að Samkeppniseftirlitið geti beitt til skipulagsbreytinga megi nefna kröfu um að fyrirtæki sé skipt upp í tvö eða fleiri fyrirtæki. Eins felst í heimild til að krefjast skipulagsbreytinga að Samkeppniseftirlitið geti krafist þess að fyrirtæki skilji ákveðna starfsemi frá annarri starfsemi og komi henni fyrir í sérstöku fyrirtæki.

Samkvæmt frumvarpinu geta aðgerðir sem Samkeppniseftirlitið getur beitt skv. 16. gr. til atferlisbreytinga m.a. falið í sér að kveðið sé á um bann við ákveðnum samningum eða samningsskilyrðum, fyrirmæli um að samningum skuli slitið eða samningsskilyrðum breytt. Þá getur Samkeppniseftirlitið heimilað samninga með ákveðnum skilyrðum og ákvarðað um verð eða viðskiptakjör fyrirtækja og fyrirtækjahópa.

Í aðgerðum gegn brotum á bannreglum samkeppnislaga geta m.a. falist fyrirmæli sem miða að því að koma í veg fyrir að sömu eða samskonar brot verði framin á ný.<sup>327</sup> Einnig er heimilt að beita fyrirmælum til að vinna gegn þeim samkeppnishömlum sem leiddu af brotinu og skapa skilyrði til að efla samkeppni.<sup>328</sup>

Við mat á hvort og eftir atvikum hvaða aðgerðum samkvæmt 16. gr. samkeppnislaga skuli beita í málinu ber að mati Samkeppniseftirlitsins að horfa sérstaklega til eftirfarandi atriða sem fram hafa komið í málinu:

- MS samstæðan er í gríðarlega sterkri stöðu á mjólkurmarkaði í heild sinni. Er sú staða ekki síst sterk í viðskiptum með hrámjólk.
- Þegar kemur að framleiðslu mjólkurvara er hrámjólk grundvallarhræfni.

<sup>326</sup> Sjá hér einnig mgr. 46 í dómi dómstóls ESB í sameinuðum málum nr. 6-7/73, ICI og Commercial Solvents [1974] ECR 223.

<sup>327</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar ESB frá 28. apríl 2010 í sameinuðum málum nr. T-456-457/05, Gütermann og Zwicky gegn framkvæmdastjórninni, mgr. 66.

<sup>328</sup> Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. C-62/86, Akzo gegn framkvæmdastjórninni [1991] I-3359, mgr. 155 og 157.



- MS er í tvíþætttri stöðu gagnvart keppinautum sínum á mjólkurmarkaði. Annars vegar er MS óhjákvæmilegur viðskiptavinur þeirra (sem eini heildsalinn á hrá mjólk) og á sama tíma öflugasti keppinautur þeirra í framleiðslu og sölu á mjólkurafurðum.
- MS sjálf (framleiðsluhlutinn) og tengdir aðilar fengu hrá mjólkina á mun lægra verði en ótengdir aðilar. Fólust í viðskiptakjörum MS að þessu leyti mjög alvarleg brot á 11. gr. samkeppnislaga. Voru þau brot samfelld og langvarandi og voru til þess að fallin að raska mjög samkeppni.
- Án þess að hafa tryggn aðgang að hrá mjólk á sömu eða sambærilegum kjörum og MS og tengdir aðilar njóta eiga ótengdir keppinautar mjög erfitt með að veita samkeppnislegt aðhald, a.m.k. þegar til lengri tíma er litið.
- MS (forverinn Osta- og smjörsalan) hefur áður beitt Mjólk I samkeppnishamlandi mismunun, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 39/2006 (og úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2006). Í þeirri ákvörðun voru hvorki lagðar á sektir né beitt fyrirmælum heldur við það miðað að „réttarskýrandi áhrif“ þeirrar ákvörðunar myndu leiða til þess að hið markaðsráðandi fyrirtæki myndi láta af samkeppnishamlandi aðgerðum gagnvart minni keppinautum eins og Mjólk I. Það gekk ekki eftir.

Þegar framangreind atriði eru virt saman fela þau í sér brýn rök fyrir beitingu 16. gr. í málinu. Hins vegar ber að líta til þess að MS hefur gert breytingar á skilmálum sínum og hegðun. Þær breytingar eru jákvæðar svo langt sem þær ná. Þær eru hins vegar eðli málsins samkvæmt ekki bindandi fyrir fyrirtækið og sú staðreynd ein að um ítrekað brot er að ræða leiðir til þess að nauðsynlegt er að tryggja með fyrirmælum að sömu eða samskonar brot eigi sér ekki stað á ný. Það er m.a. gert með því að mæla fyrir um að jafnræði ríki í viðskiptakjörum á hrá mjólk.

Þá ganga aðgerðir MS ekki nógu langt. Í þeim er ekki tryggt að samkeppnishamlandi mismunun sé ekki fyrir hendi hvað varðar annars vegar kjör á hrá mjólk til eigin framleiðslu MS og hins vegar kjör á hrá mjólk til ótengdra keppinauta. Hafandi m.a. í huga yfirburðastöðu MS er ljóst að án fyrirmæla sem tryggja jöfn eða sambærileg tækifæri til að keppa munu minni keppinautar ekki geta eflst og dafnað og veitt æskilegt samkeppnislegt aðhald.

Í breytingum MS felst heldur ekki nægilegt sértækt eftirlit til þess að tryggja að í raun séu ótengdir keppinautar ekki beittir óeðlilegum kjörum eða samkeppnishamlandi mismunun. Út af stöðu MS, mikilvægi umrædds hráefnis og eðli málsins að öðru leyti er nauðsynlegt að stuðla að því og tryggja eftir föngum að hegðun MS breytist í raun til batnaðar. Með því er m.a. dregið úr tortryggni á markaðnum og stuðlað að heilbrigðara samkeppnisumhverfi.

Með vísan til framangreinds telur Samkeppniseftirlitið nauðsynlegt að tryggja að eðlilegt jafnræði gildi um sölu MS á hrá mjólk til aðila sem framleiða úr henni mjólkurvörur. Á það bæði við sölu til annarra lögaðila og um sölu/afhendingu á hrá mjólk til eigin framleiðslu MS á mjólkurvörum. Til að tryggja þetta telur Samkeppniseftirlitið brýnt að mæla fyrir um aðskilnað á milli þeirrar starfsemi MS sem felst í því að afla og selja hrá mjólk og annarrar starfsemi félagsins. Er það gert til þess að stuðla annars vegar að því að öll viðskipti, milli þeirrar einingar MS sem annast mun sölu á hrá mjólk til þess hluta MS sem annast framleiðslu og sölu á mjólkurvörum, eigi sér stað á armslengdar grundvelli og hins vegar að umrædd hrá mjólkureining MS gæti jafnræðis, hlutlægni og gagnsæis gagnvart öllum





viðskiptavinum (þ.m.t. gagnvart framleiðsluhluta MS). Í ljósi m.a. meðalhófs telur Samkeppniseftirlitið ekki þörf á því, í þessu máli, að setja fram nákvæm fyrirsmæli um með hvaða hætti skuli framkvæma og útfæra þennan aðskilnað. Aðeins er mælt fyrir um það að aðskilnaðurinn dugi til þess að unnt sé að fylgjast af skilvirkum og trúverðugum hætti með því að fyrirsmælin um m.a. jafnræði í ákvörðunum sé í raun fylgt eftir. Samkvæmt þessu hefur MS umtalsvert svigrúm til þess að ákveða með hvaða hætti þessum aðskilnaði verður best fyrir komið innan fyrirtækisins. Rétt er að taka fram að í þessu felst m.a. engin krafa um að umrædd heilðsölustarfsemi verði komið fyrir í sérstökum lögaðila. Ef hins vegar óháður eftirlitsaðili, sem mælt er fyrir um í ákvörðunarorði, telur að útfærsla MS á umræddum aðskilnaði nái ekki markmiði þessarar ákvörðunar skal hann vekja athygli á því og mun Samkeppniseftirlitsins bregðast við slíkri ábendingu.

Með vísan til alls framangreinds telur Samkeppniseftirlitið nauðsynlegt að grípa til aðgerða samkvæmt 16. gr. samkeppnislaga með þeim hætti sem tilgreint er í ákvörðunarorði.



## VIII. Ákvörðunarorð:

Mjólkursamsalan ehf. braut gegn 11. og 19. gr. samkeppnislaga með þeim aðgerðum sem nánar er lýst í ákvörðun þessari.

### 1.

Með vísan til rökstuðnings í ákvörðun þessari og með heimild í 37. gr. samkeppnislaga skal Mjólkursamsalan ehf. greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 440.000.000 vegna brots á 11. gr. samkeppnislaga.

Með vísan til rökstuðnings í ákvörðun þessari og með heimild í 37. gr. samkeppnislaga skal Mjólkursamsalan ehf. greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 40.000.000 vegna brots á 19. gr. samkeppnislaga.

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

### 2.

Með vísan til rökstuðnings í ákvörðun þessari og með heimild í 2. mgr. 16. gr. samkeppnislaga beinir Samkeppniseftirlitið eftirfarandi fyrirmælum til Mjólkursamsölnnar ehf.:

#### 2.1

Mjólkursamsölnni ehf. er óheimilt að grípa aftur til þeirra aðgerða sem lýstar hafa verið brotlegar í ákvörðun þessari. Hið sama gildir um aðrar aðgerðir gagnvart nýjum eða núverandi keppinautum á mjólkurmarkaði sem hafa eða er ætlað að hafa samskonar áhrif.

#### 2.2

Sala Mjólkursamsölnnar ehf. á hrámjólk skal vera aðskilin frá annarri starfsemi fyrirtækisins. Aðskilnaðurinn skal vera framkvæmdur þannig að unnt sé að fylgjast af skilvirkum og trúverðugum hætti með því að fyrirmælunum skv. gr. 2.3 sé fylgt eftir.

#### 2.3

Mjólkursamsalan ehf. skal tryggja að sú eining fyrirtækisins sem annast sölu á hrámjólk til Mjólkursamsölnnar ehf. sjálfrar og annarra fyrirtækja gæti jafnræðis, hlutlægni og gagnsæis gagnvart öllum viðskiptavinum, þ.m.t. gagnvart annars vegar þess hluta Mjólkursamsölnnar ehf. sem annast framleiðslu og sölu á mjólkurvörum og hins vegar öðrum fyrirtækjum sem stunda sömu starfsemi. Tekur þetta til verðs og allra annarra kjara og skilmála sem gilda um umrædda sölu á hrámjólk.

Mismunandi viðskiptakjör, t.d. magnafsláttur, tengd sölu á hrámjólk eru aðeins heimil ef sannanlegar málefnalegar og hlutlægar ástæður standa til þess. Séu slík



**mismunandi kjör fyrir hendi skal Mjólkursamsalan á hverjum tíma geta sýnt fram á þau hlutlægu og málefnalegu rök sem liggja þeim til grundvallar.**

#### **2.4**

**Öll viðskiptakjör sem gilda um sölu Mjólkursamsölnnar ehf. á hrámjólk skulu birt opinberlega.**

#### **2.5**

**Mjólkursamsalan ehf. skal fela óháðum aðila að leggja árlega mat á það hvort félagið gæti jafnræðis í viðskiptum með hrámjólk í samræmi við fyrirmæli þessarar ákvörðunar.**

**Mjólkursamsalan ehf. skal innan tveggja mánaða frá dagsetningu þessarar ákvörðunar tilkynna Samkeppniseftirlitinu um tilnefningu umrædds óháðs aðila. Niðurstöður hins óháða aðila skulu vera rökstuddar og í skriflegu formi og aðgengilegar Samkeppniseftirlitinu ef það kallar eftir þeim.**

**Telji hinn óháði aðili að aðskilnaðurinn samkvæmt gr. 2.2 sé ekki í samræmi við fyrirmæli þeirrar greinar skal hann hið fyrsta vekja athygli Samkeppniseftirlitsins á því.**

#### **2.6**

**Brot gegn fyrirmælum þessum varða viðurlögum skv. IX. kafla samkeppnislaga**

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson