

Úrskurður
áfrýjunarnefndar samkeppnismála

í máli nr. 18/2001

Mjólkurfélag Reykjavíkur svf.

Lýsi hf. og

Fóðurblandan hf.

gegn

samkeppnisráði

I.

Með bréfi, dags. 29. nóvember 2001, sem barst áfrýjunarnefnd samkeppnismála sama dag, hefur Helga M. Óttarsdóttir hdl., fyrir hönd Gunnars Sturlusonar, hrl., vegna Mjólkurfélags Reykjavíkur svf., Lýsis hf. og Fóðurböndunnar hf. kært [ákvörðun samkeppnisráðs nr. 29/2001](#), dags. 31. október 2001.

Með hinni kærðu ákvörðun er samruni Mjólkurfélags Reykjavíkur svf. og Fóðurböndunnar hf. ógiltur með heimild í 18. gr. samkeppnislaga.

Áfrýjendur krefjast þess aðallega að áfrýjunarnefndin heimili kaup Mjólkurfélags Reykjavíkur svf. og Lýsis hf. á öllum hlutabréfum í Fóðurböndunni hf. samkvæmt samningi dags. 29. júní 2001 með eftirfarandi skilyrðum:

- a. Sala á 40% hlut Mjólkurfélags Reykjavíkur svf. í Fóðurböndunni hf.
 - selt innan tiltekins tíma (t.d. 9 mánuðir frá því niðurstaða liggur fyrir í deilu Búnaðarbanka Íslands hf. og Kaupþings hf. varðandi kaupin á Fóðurböndunni hf.)
 - selt til aðila ótengdum samrunaaðilum
 - sala miðast við að nýir hluthafar verði sem fæstir.

- b. Takmörkun á stjórnunaráhrifum Mjólkurfélags Reykjavíkur svf. í Fóðurlöndunni hf.
- takmarka rétt Mjólkurfélags Reykjavíkur svf. til tilnefningar stjórnarmanna á aðalfundi niður í allt að engan stjórnarmann og hvorki stjórnarmenn Mjólkurfélags Reykjavíkur svf., starfsmenn, ráðgjafar eða aðrir tengdir sitji í stjórninni.
- c. Þriðja aðila verður tryggður réttur að samstarfi um flutning til landsins, uppskipun og geymslu á fóðurgerðarefnum.
- d. Áframhaldandi samstarf við Bústólpa ehf. gert að skilyrði samruna.
- e. Í rekstri Fóðurlöndunnar hf. verða annars vegar sala og dreifing og hins vegar innflutningur og geymsla aðskilið.
- f. Bæði félag rekin áfram sem tvær óskyldar einingar:
- Viðskiptaleg samvinna Mjólkurfélags Reykjavíkur svf. og Fóðurlöndunnar hf. óheimil umfram samstarf á sviði flutnings til landsins, uppskipunar og geymslu á fóðurgerðarefnum.
 - Félagin skulu starfa að öllu leyti sjálfstætt að því er varðar vinnslu á fódri og fóðurgerðarefnum og sölu á fódri sem og í markaðsmálum. Óheimilt verður að miðla hvers konar viðskiptalegum upplýsingum á milli Mjólkurfélags Reykjavíkur svf. og Fóðurlöndunnar hf.
 - Þó heimild til samstarfs hvað varðar þær fóðurtegundir sem hvað minnst er selt af og falla utan þess markaðar sem samruni nær til.
- g. Mjólkurfélaginu og Fóðurlöndunni verði óheimilt að gera eða starfa eftir sölusamningum við kaupendur fódurs sem útiloka aðra seljendur frá viðskiptum við kaupendurna.

Til vara er þess krafist að ákvörðun samkeppnisráðs nr. 29/2001 verði felld úr gildi.

Samkeppnisráð krefst þess að ákvörðun samkeppnisráðs nr. 29/2001 verði staðfest með vísan til forsendna. Til vara er þess krafist að kaup Mjólkurfélags Reykjavíkur svf. og Lýsis hf á öllum hlutabréfum í Fóðurlöndunni hf. verði ógilt með heimild í 1. mgr. 18. gr. samkeppnislaga.

II.

Málavextir eru þeir að með bréfi, dags. 6. júlí 2001, var Samkeppnisstofnun tilkynnt um samning, dags. 29. júní 2001, milli annars vegar Mjólkurfélags Reykjavíkur svf. og Lýsis hf. og hins vegar Búnaðarbanka Íslands hf. og eignarhaldsfélags bankans, Grænabæjar ehf., um kaup Mjólkurfélagsins og Lýsis á öllum hlutabréfum í Fóðurlöndunni hf.

Frumniðurstaða Samkeppnisstofnunar vegna samrunans var send aðilum með bréfi, dags. 27. september 2001.

Athugasemdir lögmannna áfrýjenda við frumniðurstöðu Samkeppnisstofnunar bárust stofnuninni 8. og 18. október 2001.

Málsmeðferð Samkeppnisstofnunar er lýst í hinni kærðu ákvörðun og vísast til þess er þar segir.

Á fundi samkeppnisráðs 31. október 2001 var tekin ákvörðun í máli þessu. Ákvörðunarorðin hljóða svo:

„Samningur milli annars vegar Mjólkurfélags Reykjavíkur svf. og Lýsis hf. og hins vegar Búnaðarbanka Íslands hf. og eignarhaldsfélags bankans, Grænabæjar ehf., dags. 6. júlí 2001, um kaup Mjólkurfélags Reykjavíkur svf. og Lýsis hf. á öllum hlutabréfum í Fóðurlöndunni hf. felur í sér samruna í skilningi 4. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993, með síðari breytingum. Samruninn hindrar virka samkeppni þar sem hann leiðir til markaðsráðandi stöðu Mjólkurfélags Reykjavíkur svf. og Fóðurlöndunnar hf. Með heimild í 1. mgr. 18. gr. samkeppnislaga ógildir samkeppnisráð hér með samrunann.

Með vísan til 6. mgr. 18. gr. samkeppnislaga er óheimilt að grípa til hvers konar aðgerða sem ætlað er að hafa það markmið eða af þeim leiðir að staða Fóðurlöndunnar hf. á markaðnum er veikt. Búnaðarbanki Íslands hf. og Mjólkurfélag Reykjavíkur svf. skulu innan fjögurra vikna frá birtingu þessarar ákvörðunar upplýsa Samkeppnisstofnun um hvernig farið verði að ákvörðun þessari.“

Málið var flutt skriflega fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

III.

1.

Áfrýjendur telja að frumniðurstaða Samkeppnisstofnunar hafi gefið til kynna að samruninn kynni að verða heimilaður með skilyrðum. Í því ljósi og með það að markmiði að ná samkomulagi við samkeppnisyfirvöld um skilyrði fyrir samrunanum hafi aðeins verið gerðar athugasemdir við örfá atriði frumniðurstöðunnar. Hins vegar hafi komið í ljós að samkeppnisyfirvöld hafi aldrei talið mögulegt að samþykkja samrunann. Því áskilji áfrýjendur sér allan rétt til setja fram athugasemdir við ákvörðunina sem ekki hafi verið settar fram við frumniðurstöðuna.

Áfrýjendur benda á að þau samkeppnisréttarlegu vandamál sem samkeppnisráð taldi vera samfara samrunanum hafi flest komið fram í frumniðurstöðu. Eftir að frumniðurstaðan, þar sem tilgreint var að samruni kynni að verða heimilaður með skilyrðum, lá fyrir hafi samkeppnisyfirvöldum verið kynntar hugmyndir áfrýjenda að skilyrðum sem gætu leitt til þess að skaðlegum áhrifum samrunans yrði eytt. Eftir viðræður við fulltrúa Samkeppnisstofnunar hafi verið lagðar fram nánar útfærðar hugmyndir að skilyrðum. Þá hafi fulltrúar Samkeppnisstofnunar lýst því yfir að óvíst væri hvort skilyrði gætu yfirleitt leyst þau samkeppnislegu vandkvæði sem samrunanum fylgdu. Í ákvörðuninni sé látið að því liggja að samrunaaðilar hafi lýst því yfir og skýrt hafi komið fram hjá þeim á þessu stigi að ekki yrði lengra gengið í setningu skilyrða. Áfrýjendur kveða þetta að hluta til rétt en meginatriðið sé rangt haft eftir. Í raun hafi fulltrúar Samkeppnisstofnunar lýst því yfir á fundi með lögmönnum áfrýjenda að ljóst væri að stofnunin teldi ekki gengið lengra í setningu skilyrða. Undir þetta hafi verið tekið af áfrýjendum með því að segja að ekki væri líklegt að samrunaaðilar teldu sér fært að ganga lengra. Ljóst hafi mátt vera að á þeirri stundu hafi lögmenn samrunaaðila ekki haft opna heimild til að semja um viðtækari skilyrði og hafi einkum verið vísað til þess í ummælum sínum.

Áfrýjendur telja að samkeppnisráð meti ekki í hinni kærðu ákvörðun hvort skilyrði þau sem áfrýjendur lögðu til dugi til að aflétta þeim samkeppnishömlum sem leiða af samrunanum. Í síðari hluta ákvörðunarinnar líti samkeppnisráð í raun á samkeppnisleg vandkvæði samrunans frá annarri hlið, þ.e. í ljósi þess að ráðið telji

samrunann mynda sameiginlega markaðsráðandi stöðu, en ekki út frá þeim forsendum er fram koma í fyrri hluta ákvörðunar og frumniðurstöðu.

Í þessu sambandi gera áfrýjendur þríþættar athugasemdir. Í fyrsta lagi sé ekki vikið að því og metið hvort tillögur að skilyrðum samrunans séu nægilegar til að vinna upp á móti hinum skaðlegu áhrifum samrunans. Í öðru lagi hafi samkeppnisráð ekki sýnt fram á það með fullnægjandi rökstuðningi að samruninn muni leiða til sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu. Í þriðja lagi leggi samkeppnisráð upp með málið og þar með niðurstöðu á allt öðrum forsendum en frumniðurstaða tók mið af, þ.e. að hér sé um að ræða sameiginlega markaðsráðandi stöðu. Á þetta hafi ekki verið minnst í frumniðurstöðu.

Að mati áfrýjenda er í hinni kærðu ákvörðun ekki greint frá því hvaða atriði það eru sem gefa vísbendingu um það hvort um sameiginlega markaðsráðandi stöðu sé að ræða eða ekki, svo sem fáir keppinautar, mikil samþjöppun, mikill munur á markaðshlutdeild stærstu aðila og annarra keppinauta, einsleitar vörur, umtalsverðar aðgangshindranir, mettaður markaður, svipuð kostnaðarskipting og svipuð framleiðslugeta. Áfrýjendur telja ályktanir samkeppnisráðs varðandi hvern og einn hinna framangreindu þátta órökstuddar og ekki hafi verið sýnt fram á það með óyggjandi hætti að um sameiginlega markaðsráðandi stöðu sé að ræða. Með vísan til rannsóknarreglu stjórnarsýslulaga hafi samkeppnisráði borið að afla gagna og gefa aðilum málsins kost á að tjá sig um þau áður en ákvörðun var tekin.

Að því er varðar einsleitni vöruframboðs er á það bent að óútskýrt sé hvað átt sé við með áformaðri aðild að sameiginlegu dreifingarfyrtæki. Ekki hafi verið lagðar fram neinar upplýsingar um að fyrirhugað sé að stofna slíkt fyrirtæki. Eingöngu hafi verið bent á að samvinna í dreifingu komi til greina ef af samruna verði. Þá sé ekki tilgreint í ákvörðun samkeppnisráðs að starfsemi Mjólkurfélagsins sé eingöngu að hluta til í innflutningi fódurgerðarefna, fódurframleiðslu og sölu heldur einnig í sáðvörum og girðingarefni.

Þá er bent á að önnur fódurfyrtæki hafi einnig notið góðs af sameiginlegum innkaupum og flutningum á fódurgerðarefnum, auk þess sem þau hafi nýtt uppskipunar- og birgðaaðstöðu. Þessi atriði geti því ekki talist til aðgangshindrana þar sem Fódurblandan og Mjólkurfélagið hafi ekki neitað öðrum fódurfyrtækjum um aðkomu að þessu samstarfi eða aðstöðu.

Að því er varðar þróun fódurframleiðslu telja áfrýjendur það ekki geta talist “lítills háttar aukning” þegar fódurframleiðsla og sala hafi aukist um u.þ.b. 20% á

tveimur árum, þ.e. frá 1998 til ársins 2000. Innflutningur fóðurgerðarefna hafi aukist úr 51,8 þúsund tonnum árið 1998 í 61,9 þúsund tonn árið 2000. Öll líkindi séu fyrir því að svipuð aukning hafi orðið í fóðurframleiðslunni. Því sé ekki rétt að “markaðurinn sé mettaður” eins og samkeppnisráð haldi fram.

Að mati áfrýjenda virðist sem samkeppnisráð hafi hvorki gert sjálfstæða skoðun á umfangi rannsóknar og þróunar í fódurgeiranum né hver þörf sé á slíkum rannsóknum. Rökstuðning vanti því fyrir þeirri staðhæfingu samkeppnisráðs að rannsóknir og þróun skipti litlu máli í fóðurframleiðslu.

Áfrýjendur mótmæla einnig ályktunum samkeppnisráðs varðandi afkastagetu fóðurverksmiðjanna, kaupendastyrk og sveiflur á markaðinum þar sem fullnægjandi upplýsingar og röksemdir hafi ekki verið settar fram áður en niðurstaða var fengin.

Áfrýjendur telja að samkeppnisráð hafi ekki metið hvort skilyrðin fyrir samrunanum, sem lögð voru til, hvert og eitt eða öll saman, væru nægjanleg til að samruninn teldist samrýmanlegur samkeppnislögum.

Að mati áfrýjenda eru fullyrðingar samkeppnisráðs um kaupendastyrk örökstuddar og telja þeir að engin gögn hafi verið lögð fram þeim til stuðnings.

Þá er því mótmælt að við breytingu Mjólkurfélagsins í hlutafélag gætu áhrif hluthafa hugsanlega orðið í samræmi við eignarhluti þeirra, þannig að stærstu aðilar gætu náð þar yfirráðum. Ekki liggi neitt fyrir um þetta enda hafi ekki verið teknar neinar ákvarðanir þar að lútandi.

Áfrýjendur telja að samkeppnisráð hafi ekki sýnt fram á að svo viðurhlutamikil ákvörðun sem ógilding samruna sé nauðsynleg til að ná þeim markmiðum sem að er stefnt, þ.e. að hindra ekki virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða verði til eða hún styrkist.

Áfrýjendur benda á að upplýsingarnar sem þeir sendu inn hafi miðað við ákveðnar forsendur frumniðurstöðu. Þar sem þær hafi hins vegar verið notaðar samrunaaðilum í óhag hafi borið að gefa aðilum kost á að tjá sig áður en ákvörðun var tekin.

Bent er á að áfrýjendur sendu inn upplýsingar eftir að tilkynnt var um frumniðurstöðu en ekki sé allra upplýsinga getið í ákvörðuninni. Hafi þar m.a. verið um að ræða upplýsingar sem óskað hafi verið eftir símleiðis varðandi kostnaðarskiptingu í fóðurframleiðslu, afkastagetu verksmiðja og þróun fóðurframleiðslu hin síðustu ár miðað við magn. Ekki hafi verið gerð grein fyrir því í hvaða skyni óskað var eftir þessum upplýsingum. Hafi andmælaréttar þannig ekki verið gætt gagnvart samrunaaðilum.

2.

Samkeppnisráð telur að skilyrði áfrýjenda, eða önnur skilyrði, nægi ekki til að tryggja virka samkeppni og því sé óhjákvæmilegt að ógilda samrunann. Bent er á að samkeppnisráði sé skylt að meta það í öllum samrunamálum þar sem markaðsráðandi staða verður til hvort unnt sé að tryggja virka samkeppni með vægari aðgerðum en ógilding. Í því skyni að njóta sérþekkingar málsaðila á viðkomandi atvinnurekstri og til að stuðla að því að öll skilyrði sem komið geta til greina séu könnuð séu málsaðilar nú ávallt í málum af þessum toga hvattir til að nefna slík hugsanleg skilyrði. Það sé síðan samkeppnisráðs að meta í ákvörðun sinni hvort þau eða önnur skilyrði dugi eða hvort ógilding sé óhjákvæmileg. Samkeppnisráð mótmælir því að með ummælum í frumniðurstöðu hafi verið gefið til kynna að samruninn yrði heimilaður með skilyrðum.

Samkeppnisráð bendir á að jafnvel þótt framleiðsla Fóðurblöndunnar hf. hafi verið ofmetin í hinni kærðu ákvörðun sé til þess að líta að staða hennar sé eftir sem áður sterk.

Hvað varðar aðkomu annarra fyrirtækja á markaðinn er bent á að Kaupfélag Árnesinga hafi yfirtekið rekstur Fóðurlönd. Sú fóðurframleiðsla sem Kaupfélagið standi nú að og endurspeglar í markaðshlutdeildartölum í ákvörðun samkeppnisráðs sé því framhald á þeim rekstri sem áður var stundaður af Fóðurlöndum. Núverandi starfsemi Kaupfélags Árnesinga í fóðurframleiðslu veiti Mjólkurfélaginu og Fóðurblöndunni einnig mjög takmarkað samkeppnislegt aðhald, ekki aðeins í ljósi lágrar markaðshlutdeildar, heldur einnig vegna þess að verksmiðja Kaupfélagsins framleiði aðeins kúafóður, auk þess sem dreifing á framleiðslu hennar sé mjög staðbundin. Hvað varði fyrirtækið TP fóður er bent á að það hafi ekki stundað almenna fóðurframleiðslu, heldur sérhæfði það sig í að flytja inn hráefni fyrir svínabú

og selja þeim ókögglað efni. Fóðurblandan hafi keypt þetta fyrirtæki á árinu 2000. Í ljósi afmarkaðrar starfsemi og fremur skammra lífdaga hafi þetta fyrirtæki haft takmörkuð áhrif á stöðu Mjólkurfélagsins og Fóðurlöndunnar.

Samkeppnisráð kveðst hafa tekið til athugunar, með hliðsjón af meðlahófsreglu stjórnarsýslulaga, hvort skilyrði þau sem áfrýjendur hafa lagt til myndu duga til að tryggja markmið 18. gr. samkeppnislaga. Í því sambandi verði einnig að árétta að áfrýjendur hafi lýst því yfir að ekki yrði gengið lengra með setningu skilyrða en það sem fælist í tillögum þeirra. Samkeppnisráð hafi verið því sammála og hafi ekki komið auga á önnur skilyrði. Það hafi því orðið að meta hvort þessi skilyrði myndu duga til að tryggja virka samkeppni eða ekki.

Samkeppnisráð kveðst hafa athugað hvort skilyrðin gætu tryggt að þrátt fyrir samrunann myndu Fóðurblandan og Mjólkurfélagið starfa í raun sem sjálfstæðir keppinautar á markaðnum. Slíkt sé grunnforsenda fyrir því að unnt sé að heimila samruna. Meta hafi þurft hvernig samkeppni á markaðnum myndi þróast í framtíðinni ef samruninn yrði heimilaður með umræddum skilyrðum. Þessi athugun hafi leitt í ljós að aðstæður á markaði, tengsl milli fyrirtækjanna og önnur atriði, valdi því að fyrirtækin muni ekki hegða sér eins og sjálfstæðir keppinautar heldur taka gagnkvæmt tillit til hvors annars þannig að sameiginleg markaðsráðandi staða verður til.

Bent er á að við mat á því hvort um sameiginlega markaðsráðandi stöðu sé að ræða þurfi að meta hvort viðkomandi markaður sé fákeppnismarkaður þar sem samþjöppun ríkir. Þá þurfi að kanna hvort fyrir hendi séu formbundin tengsl eða efnahagsleg tengsl sem gera það líklegt að viðkomandi fyrirtæki taki tillit til hvors annars og raski samkeppni. Samkeppnisráð telur þessi tengsl vera til staðar milli Mjólkurfélagsins og Fóðurlöndunnar.

Samkeppnisráð telur ekki geta verið ágreining um það að hér sé um að ræða fákeppnismarkað. Þar sem Mjólkurfélagið og Fóðurblandan beri höfuð og herðar yfir keppinauta sína megi einnig líta svo á að um tvíkeppni sé að ræða. Af framangreindu leiði einnig að markaðurinn sé mjög samþjappaður.

Ef samruninn yrði heimilaður eru, að mati samkeppnisráðs mjög skýr formbundin tengsl milli Mjólkurfélagsins og Fóðurlöndunnar. Eftir samrunann myndu Mjólkurfélagið eiga 35% hlut í félaginu og verða stærsti hluthafinn í Fóðurlöndunni. Fyrirtækin myndu áfram eiga saman Kornhlöðunna ehf. sem hefur

yfir að ráða sérhæfðum búnaði tengdum uppskipun og geymslu á því hráefni sem fyrirtækin kaupa erlendis frá. Einnig myndu Mjólkurfélagið og Fóðurblandan áfram eiga saman í gegnum Kornhlöðunna fyrirtækið Búland ehf. sem hefur annast sölu á fódri fyrir fyrirtækin. Þá myndu fyrirtækin áfram eiga saman í gegnum Kornhlöðunna 75% í fyrirtækinu Kornax ehf. sem flytur m.a. inn hveiti og selur hveitiklíð til fyrirtækjanna.

Hvað varðar persónuleg tengsl er bent á að eftir söluna á Fóðurböndunni sé staðan sú að framkvæmdastjórnar Fóðurböndunnar og Mjólkurfélagsins séu feðgar. Þá eigi stjórnarformaður Mjólkurfélagsins sæti í stjórn Hnotskurns ehf. sem sé eignarhaldsfélag Lýsis hf.

Hvað varðar samvinnu er bent á að Mjólkurfélagið og Fóðurblandan séu líkleg til að hafa samvinnu um innkaup á fóðurgerðarefnum erlendis frá. Í því sambandi verði að hafa í huga að hráefnisnotkun sé milli 60-70% af rekstrargjöldum fyrirtækjanna.

Ennfremur er bent á að í gegnum eignarhald sitt á Kornhlöðunni ehf. hafi Mjólkurfélagið og Fóðurblandan samvinnu um flutning, uppskipun og geymslu á fóðurgerðarefnum.

Loks er bent á að í tilkynningu áfrýjenda um samrunann komi skýrt fram að fyrirtækin stefni að sameiginlegri dreifingu á fódri til viðskiptavina sinna.

Jafnframt er bent á að vöruframboð Fóðurböndunnar og Mjólkurfélagsins sé í meginatriðum einsleitt. Hið einsleita vöruframboð og hin sameiginlega dreifing sem stefnt sé að stuðli að gagnsæi kaupendamegin. Í því sambandi skipti og máli að viðskiptavinir á fóðurmarkaði kaupi flestir fóður í atvinnuskyni og hafi slíkir kaupendur almennt betri yfirsýn yfir markaðinn.

Samkeppnisráð telur að í hinni kærðu ákvörðun sé sýnt fram á það með rökum að markaðurinn sé mettaður í þeim skilningi að vöxtur í eftirspurn sé hægur, litlar tækninýjungar og lítið svigrúm sé fyrir byltingarkenndar nýjungar á markaðnum.

Samkeppnisráð telur að reglur um andmælarétt áfrýjenda hafi ekki verið brotnar. Með samrunanum hafi Mjólkurfélagið náð yfirráðum í Fóðurböndunni. Frumathugunin hafi miðað við þá stöðu. Yfirráð Mjólkurfélagsins í Fóðurböndunni leiði til markaðsráðandi stöðu eins fyrirtækis, þ.e. Mjólkurfélagsins. Því hafi ekki á sama tíma verið um að ræða sameiginlega markaðsráðandi stöðu þessara aðila og því

rökleysa að fjalla einnig um sameiginlega markaðsráðandi stöðu. Þegar áfrýjendur hafi lagt fram útfærðar hugmyndir sínar að skilyrðum hafi hins vegar orðið raunhæft að taka sameiginlega markaðsráðandi stöðu til athugunar.

Bent er á að með frumathugun Samkeppnisstofnunar hafi fylgt listi yfir gögn málsins. Áfrýjendur hafi því getað kynnt sér gögnin. Gögn sem komu inn í málið eftir frumathugun stafi frá áfrýjendum sjálfum og séu þeim því kunn. Bent er á að andmælaréttur nái ekki til röksemda sem hugsanlegt er að stjórnvöld noti við töku ákvörðunar. Í andmælarétti felist heldur ekki að aðili máls eigi fyrirfram að fá um það vísbindingar um hvernig stjórnvöld muni túlka lög í niðurstöðum sínum.

Samkeppniráð bendir á að tekin hafi verið saman ítarlega frumathugun í málinu og send áfrýjendum til umsagnar. Hafi sérstaklega verið tekið fram í bréfi með frumathugun hver tilgangur með henni væri. Áfrýjendur hafi gert nokkrar athugasemdir við frumathugun og hafi verið tekið tillit til þeirra.

IV.

Niðurstöður.

1.

Mál þetta fjallar um samning dags. 29. júní 2001 milli Mjólkurfélags Reykjavíkur svf. og Lýsis hf. annars vegar og Búnaðarbanka Íslands hf. og eignarhaldsfélags bankans, Grænabæjar ehf., hins vegar um kaup Mjólkurfélags Reykjavíkur svf. og Lýsis hf. á öllum hlutabréfum í Fóðurlöndunni hf. Í samningnum er gert ráð fyrir því að Mjólkurfélag Reykjavíkur svf. komi til með að eignast 75% af hlutafé í Fóðurlöndunni hf. og Lýsi hf. 25%. Í samningnum er jafnframt gert ráð fyrir því að seljendur aðstoði Mjólkurfélag Reykjavíkur svf. við að selja hlut þess í Fóðurlöndunni hf. þannig að eign Mjólkurfélags Reykjavíkur svf. í Fóðurlöndunni hf. verði komin niður í allt að 35% af hlutafé félagsins á næstu þremur mánuðum. Samkeppnisráð telur kaupin fela í sér ólögmetan samruna samkvæmt 4. og 18. gr. samkeppnislaga. Ágreiningur aðila í málinu snýst fyrst og fremst um hvort tillaga, sem áfrýjendur settu fram um skilyrði fyrir samrunanum,

nægi til að koma í veg fyrir að samruninn hafi skaðleg áhrif á samkeppni svo og um meint brot á málsmeðferðarreglum eins og nánar verður greint frá.

2.

Við niðurstöðu í máli þessu ber að hafa í huga það markmið samkeppnislaga að efla virka samkeppni í viðskiptum og þar með vinna að hagkvæmri nýtingu framleiðsluþátta þjóðfélagsins. Samkvæmt 1. gr. laganna skal markmiðinu m.a. náð með því að:

[b.] vinna gegn óréttmætum viðskiptaháttum, skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum,

Verður nánar að þessu vikið í þeim undirköflum sem á eftir fara.

3.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á að umræddur samningur frá 29. júní 2001 feli í sér samruna þar sem Mjólkurfélag Reykjavíkur svf. hafi með kaupunum á 75% af hlutafé í Fóðurlöndunni hf. öðlast yfirráð í síðarnefnda félaginu. Því er um samruna þessara fyrirtækja að ræða, sbr. 4. gr. samkeppnislaga. Engu breytir þótt seljendur hafi í samningnum lofað að aðstoða Mjólkurfélag Reykjavíkur svf. við að selja hlut þess í Fóðurlöndunni hf. þannig að hlutafé Mjólkurfélags Reykjavíkur svf. yrði komið niður í allt að 35% af hlutafé félagsins á næstu þremur mánuðum. Áfrýjunarnefndin fellst einnig á það með samkeppnisráði með þeim rökum sem fram koma í hinni kærðu ákvörðun að sá vörumarkaður sem mál þetta snýst um sé í aðalatriðum markaðurinn fyrir innflutning fóðurgerðarefna, framleiðslu og sölu á alifugla-, svína-, og jórturdýrafóðri og að landfræðilegi markaðurinn sé Ísland.

4.

Í 3. og 4. kafla hinnar kærðu ákvörðunar er fjallað um samkeppnisleg áhrif samrunans. Fallast má á meginrök samkeppnisráðs fyrir því að sameiginleg markaðshlutdeild Mjólkurfélags Reykjavíkur svf. og Fóðurlöndunnar hf. eftir samrunann miðað við hlutdeild keppinauta sé veruleg og að aðrar aðstæður svo sem staða keppinauta og efnahagslegur styrkleiki þeirra, möguleg samkeppni frá öðrum, kaupendastyrkur og fleiri atriði vegi þar ekki á móti svo teljandi sé. Það er því unnt að fallast á að rök hnigi til þess að samrunafyrirtækin gætu haft verulega samkeppnislega yfirburði yfir keppinauta sína ef samruninn nær fram að ganga. Við það skapast sú hætta að fyrirtækjunum verði kleift að haga verðlagningu og öðrum viðskiptaskilmálum sínum án tillits til annarra keppinauta á markaðnum. Hefur og ekki verið gert líklegt að hugsanlegur ávinningur af samrunanum komi til með að skila sér til neytenda í einhverju formi. Í heild verður að slá því föstu að yfirtakan sjálf leiði til markaðsráðandi stöðu sem sé líkleg til að hafa skaðleg áhrif á samkeppni. Skilyrði til íhlutunar samkeppnisyfirvalda samkvæmt 18. gr. samkeppnislaga voru því fyrir hendi en hún getur falið í sér ógildingu samruna eða að sett séu skilyrði fyrir honum sem fullægja verður innan tiltekins tíma.

5.

Með tilkynningu samrunaaðila 6. júlí 2001 fylgdu drög að hluthafasamkomulagi milli Mjólkurfélags Reykjavíkur svf. og Lýsis hf. þar sem gert er ráð fyrir ýmsum skilyrðum fyrir samrunanum. Í niðurstöðum frumathugunar Samkeppnisstofnunar frá 27. september 2001 kemur m.a. fram að stofnunin geti ekki fallist á þau sjónarmið að væntanleg hagræðing og skilyrði sem fólust í drögum að hluthafasamkomulaginu leiði til þess að samruninn teljist samrýmanlegur samkeppnislögum. Í frumathuguninni segir síðan að telji samrunaaðilar að tiltekin skilyrði geti eytt þeim samkeppnishömlum sem samkeppnisyfirvöld telji að felist í samrunanum sé þess óskað að fyrirtækin tilgreini þau og rökstyðji hvernig þau geti eytt þeim. Hugmyndir í þessa átt komu fram með athugasemdum samrunaaðila við frumniðurstöðu Samkeppnisstofnunar frá 8. október 2001. Í kjölfar viðræðna milli lögmanna samrunaaðila og samkeppnisyfirvalda komu síðan fram ítarlegri hugmyndir að skilyrðum sem samrunaaðilar töldu að leitt gæti til fyrrgreindrar niðurstöðu. Greint er frá þessum skilyrðum hér að framan.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála er sammála þeirri niðurstöðu samkeppnisráðs að jafnvel þótt áfrýjendur hafi verið samþykkir því að umrædd skilyrði væru sett verði að meta sjálfstætt hvort samruninn, að teknu tilliti til skilyrðanna, hafi í för með sér að markaðsráðandi staða verði til eða styrkist fyrir fyrirtækin Mjólkurfélag Reykjavíkur svf. og Fóðurlönduna hf. í sameiningu þannig að það hindri virka samkeppni. Varð því að meta sérstaklega hvernig samkeppni á markaðnum myndi þróast í framtíðinni ef samruninn yrði heimilaður með skilyrðunum. Möguleiki fyrir beitingu íhlutunar voru því fyrir hendi þótt áfrýjendur settu fram hugmyndir um ýmis skilyrði sem höfðu það hlutverk að draga úr neikvæðum áhrifum samrunans.

6.

Áfrýjunarnefndin getur hvorki fallist á að ummæli í frumniðurstöðum Samkeppnisstofnunar né á síðari stigum hafi gefið áfrýjendum tilefni til að ætla að þeir fengju frekari tækifæri til að vinna úr skilyrðunum eða að samkeppnisyfirvöld settu sjálf skilyrði sem dygðu til að koma í veg fyrir ógildingu samrunans. Með þeirri aðferð sem viðhöfð var fengu áfrýjendur ítrekað færi á að setja fram hugmyndir sínar um skilyrði til að koma í veg fyrir frekari íhlutun vegna samrunans. Óhjákvæmilegt var að leggja þessar hugmyndir til grundvallar í öllum aðalatriðum enda má ætla að stjórnendur viðkomandi fyrirtækja hafi besta þekkingu á því hversu langt verði gengið til þess að markmiðið með hlutabréfakaupunum og yfirtökunni gæti talist viðunandi. Samkeppnisráði var því rétt að ljúka málinu í því horfi sem það var í þegar ákvörðunin var tekin. Hefur ekki verið sýnt fram á eða gert líklegt að önnur og víðtækari skilyrði hefðu dugað sem unnt hefði verið að samrýma tilgangi áfrýjenda með hlutabréfakaupunum og yfirtökunni. Áfrýjunarnefndin fellst því á að samkeppnisráði hafi verið rétt að taka afstöðu til samrunans með þeim skilyrðum sem áfrýjandi hafði sett fram.

7.

Áfrýjendur hafa fært fram gagnrýni á þá niðurstöðu samkeppnisráðs að svonefnd sameiginleg markaðsráðandi staða fyrirtækjanna sé fyrir hendi verði tekið tillit til tillögu þeirra um skilyrði fyrir samrunanum.

Upplýst er að áfrýjendur starfa á fákeppnismarkaði þar sem samþjöppun er umtalsverð. Á þessum markaði eru þeir langstærstu aðilarnir með áþekka markaðshlutdeild. Í hinni kærðu ákvörðun er í kafla 5.3. gerð frekari grein fyrir því hvernig komist er að þeirri niðurstöðu að áfrýjendur myndu öðlast svonefnda sameiginlega markaðsráðandi stöðu. Auk fyrrgreindra atriða eru þar nefnd ýmis atriði sem varða efnahagsleg tengsl þeirra svo sem að um einsleitar vörur sé að ræða og markaður gagnsær, talsverðar aðgangshindranir, mettaður markaður, svipuð kostnaðaruppbygging stærstu aðilanna og svipuð framleiðslugeta þeirra. Áfrýjendur telja hins vegar atriði sem varða einsleitni vöruframboðs, aðgangshindranir, þróun fódurframleiðslu og kostnaðaruppbyggingu ýmist óútskýrð eða ósönnuð.

Þær athugasemdir sem áfrýjendur tefla fram varðandi einsleitni vöruframboðs og aðgang að markaðinum fá í sjálfu sér staðist en þrátt fyrir það þykja þær þó ekki breyta neinu um meginröksemdir samkeppnisráðs varðandi þessi atriði. Þannig stendur eftir varðandi einsleitnina það aðalatriði að fódurblöndurnar eru unnar úr sömu eða svipuðum hráefnum og í svipuðum tækjum og vélum þar sem vinnslan er sú sama þannig að auðvelt er fyrir aðila á fódurmarkaði að bjóða upp á allar umræddar fódurblöndur án mikils tilkostnaðar. Þá þykir einnig ljóst að tollavernd sú sem lýst er í ákvörðuninni ásamt yferráðum áfrýjenda á sérhæfðri aðstöðu feli í sér verulegar aðgangshindranir fyrir nýja aðila enda styðst sú niðurstaða m.a. við gögn sem stafa frá áfrýjendum sjálfum og vikið er að í hinni kærðu ákvörðun. Breytir þar engu þótt önnur fódurfyrirtæki hafi hingað til notið góðs af þessari aðstöðu. Þá hefur og áfrýjendum ekki tekist að hnekkja röksemdum samkeppnisráðs fyrir því að markaðurinn megi teljast mettaður og að kostnaðaruppbygging fyrirtækja áfrýjenda sé í aðalatriðum sú. Aðrar athugasemdir áfrýjenda varða þá niðurstöðu samkeppnisráðs að afkastageta fyrirtækja þeirra og markaðshlutdeild sé svipuð og að kaupendastyrkur sé ekki fyrir hendi. Ekki verður fallist á þessar mótbárur þar eð fyrirliggjandi gögn í málinu veita nægjanlegar líkur fyrir réttmæti ályktana samkeppnisráðs um þessi atriði.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála er því þeirrar skoðunar að viðmiðanir samkeppnisráðs um svonefnd efnahagsleg tengsl fái í aðalatriðum staðist. Það sama á

við um önnur tengsl fyrirtækjanna. Þau verða allt að einu fyrir hendi þótt dregið sé úr þeim með svonefndum Kínamúrum og ákvæðum sem takmarka lögbundin stjórnunaráhrif annars fyrirtækisins á hitt. Verður og almennt ekki á það fallist að samkeppnisráð hafi ekki lagt nægjanlegt mat á tillögur samrunaaðila að skilyrðum fyrir samruna. Í heild er því áfrýjunarnefndin sammála rökum samkeppnisráðs fyrir því að um sameiginlega markaðsráðandi stöðu umræddra fyrirtækja yrði að ræða ef samruninn næði fram að ganga með þeim skilyrðum sem í málinu greinir.

8.

Ekki verður fallist á að rannsóknarregla stjórnisýsluréttar hafi verið brotin í tengslum við rannsókn þeirra atriða sem greind eru í undirkafla 7. Þvert á móti er það skoðun áfrýjunarnefndarinnar að umrædd atriði séu nægjanlega upplýst til þess að unnt sé að leggja á þau endanlegt mat. Ber í því sambandi að nefna sérstaklega að samkeppnisráði var heimilt að byggja á þeim gögnum og upplýsingum sem áfrýjendur höfðu sjálfir aflað og lagt fram auk þess sem áfrýjunarnefndin getur tekið undir það með samkeppnisráði að unnt hafi verið að taka mið af afstöðu áfrýjenda við niðurstöðu frumathugunarinnar með þeim hætti sem gert var þegar endanleg ákvörðun var tekin.

9.

Fyrr er frá því greint að vikið var að skilyrði fyrir samrunanum í frumniðurstöðunni og þau hlutu síðar umfjöllun og tóku breytingum áður en hin kærða ákvörðun var tekin. Í frumniðurstöðunni sagði ennfremur að tilefni væri til að grípa til íhlutunar á grundvelli 18. gr. samkeppnislaga og að samkvæmt ákvæðinu gæti íhlutun falið í sér ógildingu eða setningu skilyrða. Áfrýjendum mátti því vera ljóst að samkeppnisráð hafði í hyggju í framhaldinu að kanna til hlítar hvort koma kynni til ógildingar eða hvort unnt væri að eyða samkeppnishömlunum með setningu skilyrða. Af því leiðir að umfjöllunin í ákvörðuninni um svonefnda sameiginlega markaðsráðandi stöðu gat ekki komið á óvart. Svo sem áður greinir liggur og ekkert fyrir í málinu sem bendir til þess að samkeppnisráð hafi gefið til kynna eða heitið því að samruninn yrði heimilaður með tilteknum skilyrðum.

Sú gagnaöflun sem fram fór í framhaldi af frumathuguninni hlaut því að beinast að fyrrgreindum atriðum, þ.e. hvort unnt væri að samþykkja samrunann með tilteknum skilyrðum eða hvort yrði að ógilda hann. Af þessum sökum getur það ekki talist brot á andmæla-reglu þótt samkeppnisráð kunni að hafa notað gögn, sem áfrýjandi sjálfur lagði fram, með öðrum hætti en hann ætlaði. Þegar af þessari ástæðu verður ekki fallist á að andmælaréttur hafi verið brotinn á áfrýjendum við málsmeðferðina.

10.

Áfrýjendur telja að skilyrði þau sem þeir settu fram leysi þau samkeppnislegu vandkvæði sem samkeppnisráð telji vera samfara samrunanum og niðurstöðu samkeppnisráðs því ekki standast meðalhófsregluna.

Rétt skýring 18. gr. samkeppnislaga leiðir til þess að einungis geta komið til álita skilyrði fyrir samruna sem eru til þess fallin að koma í veg fyrir að markaðsráðandi staða, sem hindrar virka samkeppni, verði til eða styrkist.

Þegar skilyrðin eru metin í þessu ljósi koma sömu atriði til skoðunar og nefnd eru í undirkafla 7, þ.e. að áfrýjendur starfa á samþjöppuðum fákeppnismarkaði þar sem þeir eru langstærstu aðilarnir. Þessar staðreyndir skapa einar sér aukna hættu á því að þeir muni öðlast sameiginlega markaðsráðandi stöðu einkum ef mikil hagsmunatengsl eru á milli þeirra. Í hinni kærðu ákvörðun kemur fram að þrátt fyrir skilyrðin yrðu samt sem áður talsverð hagsmunatengsl milli samrunafélaganna. Á hinn bóginn hefur ekki verið gert líklegt að skilyrðin geti skapað grundvöll fyrir því að fleiri samkeppnisaðilar muni bætast við eða að þeir samkeppnisaðilar sem fyrir eru á markaðinum muni geta veitt fullnægjandi samkeppni. Þykir ljóst að staða samrunafélaganna á markaðinum verði slík, jafnvel þó skilyrðin kæmu til framkvæmda, að veruleg hættu sé á að félögin taki gagnkvæmt tillit hvort til annars í markaðsaðgerðum sínum og viðskiptastefnu. Sérstök hættu er á því að slík hegðun gæti orðið til tjóns fyrir neytendur og þar með yrði virkri samkeppni raskað. Er gerð nánari grein fyrir þessum atriðum í hinni kærðu ákvörðun.

Niðurstaðan er því sú að framsett skilyrði nægi ekki til þess að leysa þau samkeppnislegu vandkvæði sem við blasa. Eins og áður greinir hefur heldur ekki verið í ljós leitt að önnur víðtækari skilyrði geti komið til álita.

Af framansögðu leiðir að staðfesta ber hina kærðu ákvörðun. Þó athugast að samningur milli Mjólkurfélags Reykjavíkur svf. og Lýsis hf. annars vegar og Búnaðarbanka Íslands hf. og eignarhaldsfélags bankans, Grænabæjar ehf., hins vegar er dagsettur 29. júní 2001 en ekki 6. júlí 2001 eins og segir í ákvörðunarorðunum.

V.

Úrskurðarorð.

Ákvörðun samkeppnisráðs nr. 29/2001 frá 31. október 2001 er staðfest.

Reykjavík, 14. janúar 2002

Stefán Már Stefánsson

Erla S. Árnadóttir

Anna Kristín Traustadóttir