

## ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

### Úrskurður í máli nr. 7/2011

**Arion banki hf. og Stjörnugrís hf.**

*gegn*

### **Samkeppniseftirlitinu**

#### **I.**

Með kærur, dagsettum 18. og 19. ágúst 2011, hafa Arion banki hf. og Stjörnugrís hf. (hér eftir nefndir áfrýjendur), kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 21. júlí 2011 í máli nr. 22/2011, *Yfirtaka Stjörnugríss hf. á eignum Rekstrarfélagsins Brautar ehf. og LS2 ehf.* til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Samkvæmt ákvörðuninni er ógiltur samruni sá sem fólst í kaupum Stjörnugríss hf. á bústofni og fasteignum LS2 ehf. ásamt samningum um leigu félagsins á fasteignum að Brautarholti og kaupum á bústofni Rekstarfélagsins Brautar ehf.

Áfrýjendur krefjast þess aðallega að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Þá krefjast þeir þess að réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar verði frestað á meðan málið er til meðferðar hjá áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

Samkeppniseftirlitið krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

#### **II.**

Mál þetta varðar ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 27/2011 þar sem ógiltur var samruni sá sem fólst í kaupum Stjörnugríss hf. á bústofni og fasteignum LS2 ehf. ásamt samningum um leigu félagsins á fasteignum að Brautarholti og kaupum á bústofni Rekstarfélagsins Brautar ehf. Hin kærða ákvörðun var tekin í kjölfar úrskurðar

áfrýjunarnefndar samkeppnismála þann 9. júní 2011 í máli nr. 1/2011: *Búvangur o.fl. gegn Samkeppniseftirlitinu*, þar sem felld var úr gildi ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 3/2011 um að aðhafast ekki vegna samrunans og var málinu vísað aftur til stofnunarinnar til frekari meðferðar og nýrrar ákvörðunar.

Málið var tekið upp að nýju af hálfu Samkeppniseftirlitsins þann 14. júní 2011. Var áfrýjendum veitt færi á að koma að athugasemdum sínum sem bárust eftirlitinu í lok júní 2011. Í framhaldinu átti Samkeppniseftirlitið fund með áfrýjendum og þann 15. júlí s.á. sendi Samkeppniseftirlitið áfrýjendum samantekt sína á sjónarmiðum ýmissa keppinauta og viðskiptavina áfrýjenda. Áfrýjendur sendu Samkeppniseftirlitinu frekari upplýsingar og sjónarmið varðandi samrunann þann 20. júlí 2011. Þann 21. júlí 2011 birti Samkeppniseftirlitið hina kærðu ákvörðun nr. 27/2011 þar sem samruninn var ógiltur.

Um málsatvik að öðru leyti vísast til hinnar kærðu ákvörðunar.

### III.

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins sem svar við kæru áfrýjenda barst 31. ágúst 2011. Athugasemdir áfrýjenda við greinargerðinni bárust 13. september 2011 og svar Samkeppniseftirlitsins við þeim barst þann 16. september 2011. Þá var hagsmunaaðilum, Búvangi o.fl., gefinn kostur á að koma á framfæri athugasemdum í málinu og bárust þær 22. september 2011. Þá óskuðu fyrirsvarsmenn Brautarholtsbúsins ehf. eftir því að fá að koma á framfæri athugasemdum sínum. Áfrýjunarnefndin hafnaði þeim um afhendingu gagna í málinu en upplýsti að ef þeir vildu senda nefndinni athugasemdir þá væri það heimilt. Athugasemdir þeirra bárust þann 26. september sl.

Krafa áfrýjenda um frestun réttaráhrifa hinnar kærðu ákvörðunar var tekin fyrir á fundi áfrýjunarnefndar þann 15. september sl. Samkeppniseftirlitið gerði ekki athugasemdir við hana. Var fallist á kröfuna um frestun réttaráhrifa á meðan kæran væri til meðferðar hjá nefndinni og var aðilum tilkynnt um það í tölvupósti dagsettum 16. september 2011.

Málin voru sameinuð undir málsnúmerinu 7/2011 á fundi áfrýjunarnefndarinnar þann 27. september sl.

Uppkvaðning úrskurðarins hefur dregist vegna anna hjá nefndinni.

#### IV.

##### *Málsástæður áfrýjenda*

Áfrýjandi, Stjórnugrís hf., telur að ógilda beri hina kærðu ákvörðun á þeim grundvelli að hana skorti lagastoð.

Stjórnugrís hf. bendir á að það sé með öllu ótækt að stjórnvald geti komist hjá því að skýra og rökstyðja þær heimildir sem standi að baki íþyngjandi ákvörðun, eins og Samkeppniseftirlitið hafi gert í þessu máli. Einnig að úrskurðir áfrýjunarnefndar feli ekki í sér sjálfstæðar valdheimildir til handa Samkeppniseftirlitinu, umfram heimildir samkeppnislaga.

Með vísun m.a. til 17. gr. d og 2. mgr. 17. gr. e samkeppnislaga og lögskýringagagna telur Stjórnugrís hf. augljóst að Samkeppniseftirlitið hafi engar lögformlegar heimildir til íhlutunar í samruna þann sem málið varði.

Stjórnugrís hf. telur að frestur Samkeppniseftirlitsins til að ógilda samrunann eða setja honum skilyrði hafi runnið út við fyrri málsmeðferð eftirlitsins og áður en ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 3/2011 hafi verið birt. Einnig telur Stjórnugrís hf. að félagið hafi haft réttmætar væntingar til þess að ekki yrði gripið til íhlutunar af hálfu Samkeppniseftirlitsins þegar skýrir og lögboðnir frestir hafi verið liðnir. Félagið hafi því í góðri trú og í samræmi við ákvæði laga rekið starfsemi sína um nokkuð langt skeið á þeirri forsendu að samruninn stæði.

Einnig bendir Stjórnugrís hf. á að málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins í máli þessu hafi í veigamiklum atriðum verið svo ábótavant að það eitt eigi að leiða til ógildingar. Telur Stjórnugrís hf. að bæði rannsóknarregla og andmælaregla stjórnisýsluréttarins, sbr. 10. og 13. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993, hafi verið virtar að vettugi.

Þá telur Stjórnugrís hf. að niðurstaða Samkeppniseftirlitsins um þróun markaðshlutdeildar og vörnina um fyrirtæki á fallandi fæti sé röng. Stjórnugrís hf. hafi fært rök fyrir því að vörnin um fyrirtæki á fallandi fæti eigi við í málinu. Stjórnugrís hf. hafi allt frá upphafi máls þessa talið að einstakar forsendur í tveimur ákvörðunum

Samkeppniseftirlitsins og úrskurði áfrýjunarnefndar hvað varði skilgreiningu markaða og mat á stöðu félagsins á hinum skilgreinda markaði séu rangar. Þeim mótmælum hafi Stjórnugrís hf. ávallt haldið til haga.

Stjórnugrís hf. vísar til sjónarmiða sinna varðandi vörnina um fyrirtæki á fallandi fæti í erindum sínum til Samkeppniseftirlitsins, dagsett 30. júní 2011 og 20. júlí 2011. Þar sé rökstutt að verulegar líkur séu á því að markaðshlutdeild hinna yfirteknu svínabúa hefði að öllu eða verulegu leyti færst til Stjórnugrís hf. ef búin hefðu verið lögð niður og eignir þeirra horfið af markaði.

Áfrýjandi, Arion banki hf., telur að fella beri hina kærðu ákvörðun úr gildi þar sem hvorki efni hennar né form uppfylli áskilnað laga. Arion banki hf. vísar til þess að heimildir samkeppnisyfirvalda til íhlutunar í samruna fyrirtækja sé að finna í 17. gr. – 17. gr. e. samkeppnislaga. Fyrir liggir að frestir þeir sem um ræði hafi verið löngu liðnir við töku hinnar kærðu ákvörðunar. Hafi Samkeppniseftirlitinu því verið óheimilt að grípa til íhlutunar vegna samrunans.

Arion banki hf. bendir jafnframt á að frestir þeir sem Samkeppniseftirlitið hafi haft til íhlutunar í samrunann samkvæmt samkeppnislögum hafi runnið út í meðförum eftirlitsins áður en til töku ákvörðunar nr. 3/2011 kom. Einnig bendir bankinn á að jafnvel þó Samkeppniseftirlitið hefði í tilvikum sem þessum heimild til að taka ákvörðun um íhlutun í stað eldri ákvörðunar, sem felld hefði verið úr gildi, sé sú heimild ekki til staðar í fyrirliggjandi máli þar sem úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi ekki verið kveðinn upp innan lögbundins frests.

Þá bendir Arion banki hf. á að hin kærða ákvörðun hafi ekki verið tekin innan lögbundins frests. Með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 1/2011 dagsettum 9. júní sl. hafi málinu verið vísað aftur til Samkeppniseftirlitsins til nýrrar ákvörðunar. Hvergi sé í samkeppnislögum kveðið á um hvaða frestir gildi við slíka meðferð.

Arion banki hf. byggir á því að meðferð málsins hafi ekki verið í samræmi við ákvæði stjórnarsýslulaga og grundvallarreglur stjórnarsýsluréttarins. Feli hún í sér brot gegn bæði jafnræðisreglu 11. gr. stjórnarsýslulaga og réttmætum væntingum kæranda. Þá telur Arion banka hf. að engin sjálfstæð rannsókn hafi farið fram undir rekstri málsins og að brotið hafi verið gegn andmælarétti og málsmeðferðarreglum Samkeppniseftirlitsins.

Þá byggir Arion banki hf. á því að niðurstaðan í hinni kærðu ákvörðun sé efnislega röng og því beri að ógilda hana. Samruninn raski ekki samkeppni með umtalsverðum hætti í skilningi 17. gr. c. samkeppnislaga. Bankinn bendir á að ítarlega hafi verið fjallað um skilyrði fyrir beitingu kenningarinnar um fyrirtæki á fallandi fæti á fyrri stigum málsins og vísar til þeirrar umfjöllunar. Telur bankinn að kenningin eigi við í þessu máli þar sem öll skilyrði fyrir beitingu hennar séu fyrir hendi. Jafnvel þótt byggt sé á því sjónarmiði áfrýjunarnefndar að skoða verði hvað hefði orðið um viðskipti Brautarholts og Grísagarðs byggir áfrýjandi á því að skilyrðin séu þrátt fyrir það uppfyllt. Þannig verði að líta til þess að þær eignir sem um ræði hefðu horfið af markaði og ekki hafi verið möguleiki á annarri sölu með minna skaðlegum afleiðingum fyrir samkeppni. Við mat á því hvað hefði orðið um markaðshlutdeild fyrirtækja sem hverfi af markaði beri almennt að leggja til grundvallar að hún dreifist á þá aðila sem fyrir séu í samræmi við markaðshlutdeild þeirra. Með vísan til þess virðist ljóst að markaðshlutdeild búa Brautarholts hefði að verulegu leyti runnið til Stjórnugrís hf.

Arion banki hf. byggir á því að söluferli svínabúanna hafi verið forsvaranlegt og skilyrði málefnaleg. Vegna ástands bústofns í svínabúunum hafi verið þörf fyrir mun skjótari aðgerðir en mögulegar voru ef um opinberlega auglýst söluferli hefði verið að ræða. Arion banki hf. bendir á að það hafi verið hans mat, að líklegra væri að kaupandi fengist að eignunum ef búin væru seld í einu lagi.

Arion banki hf. áréttar öll fyrri sjónarmið sín undir rekstri málsins fyrir Samkeppniseftirlitinu og gerir sjónarmið kaupanda, Stjórnugrís hf., að sínum.

#### *Málsástæður Samkeppniseftirlitsins*

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á að lagaheimild skorti til að ógilda samrunann.

Samkeppniseftirlitið bendir á að áfrýjunarnefnd samkeppnismála gerði engar athugasemdir við málsmeðferð þess, en lagði fyrir eftirlitið að taka nýja ákvörðun í málinu. Verði að líta svo á að nefndin hafi með fyrri úrskurði sínum tekið afstöðu til heimildar Samkeppniseftirlitsins til að taka hina kærðu ákvörðun.

Þá telur Samkeppniseftirlitið að ljóst sé að heimild samkeppnisaðila samrunaaðila til að kæra ákvörðun um að heimila samruna færi fyrir lítið ef áfrýjunarnefnd samkeppnismála gæti ekki ógilt slíka ákvörðun og lagt fyrir Samkeppniseftirlitið að taka málið fyrir að nýju.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á það með áfrýjendum að þeir hafi haft réttmætar væntingar til þess að samruninn yrði heimilaður með vísun til þess að ekki hafi verið fylgt ólögfestum reglum sem gildi um breytingar á stjórnsluframkvæmd. Samkeppniseftirlitið bendir m.a. á að áfrýjendur hafi frá upphafi gert sér grein fyrir þeim samkeppnislegu vandamálum sem stöfuðu af samrunanum og hafi mátt búast við íhlutun.

Samkeppniseftirlitið bendir á að við mat á samruna verði ávallt að skoða markaðinn sem um ræði og stöðu samrunaaðila á þeim. Þannig snúi matið að því hvort samruninn sem um ræði hindri virka samkeppni eða raski henni með umtalsverðum hætti, sbr. 17. gr. c. samkeppnislaga. Af þeim sökum geti ekki komið til þess að réttmætar væntingar skapist um að niðurstaða slíkrar skoðunar verði tiltekins efnis, a.m.k. ekki í þeim tilvikum þar sem markaðsráðandi staða verði til eða styrkist.

Samkeppniseftirlitið bendir á þar sem að áfrýjendum hafi mátt vera ljóst frá upphafi að niðurstaðan gæti orðið sú að samruninn yrði ógiltur hafi þeir getað brugðist við með því að semja um hvernig áhættu og fjárhagsuppgjöri skyldi háttáð ef til þess kæmi, sem þeir og gerðu í kaup- og leigusamningum sínum dagsettum 9. júlí 2010.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á að rannsóknar- og andmælareglur stjórnslulaga hafi verið brotnar. Áður en eftirlitið tók ákvörðun nr. 3/2011 hafi farið fram ítarleg rannsókn þar sem aflað hafi verið umfangsmikilla upplýsinga um markaðinn sem um ræði og stöðu samrunaaðila og samkeppnisaðila þeirra á honum. Í úrskurði sínum féllst áfrýjunarnefnd samkeppnismála á niðurstöður Samkeppniseftirlitsins að undanskildu mati á því hvort skilyrðin um fyrirtæki á fallanda fæti væru fyrir hendi. Með hliðsjón af því hafi verið ljóst að í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins yrði fyrst og fremst tekin afstaða til þess hvort skilyrðin væru fyrir hendi. Hafi samrunaaðilum verið sérstaklega gerð grein fyrir því með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dagsettu 14. júní sl. og höfðu samrunaaðilar næg tækifæri til að tjá sig um efni fyrirhugaðrar ákvörðunar.

Þá telur Samkeppniseftirlitið að ekki hafi þurft að semja nýtt andmælaskjal. Það hefði aðeins orðið til að tefja málið enn frekar. Þá sé rétt að áréttta að líkt og fram kemur í málsmeðferðarreglum Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005 að andmælaskjali sé ætlað að auðvelda aðilum að nýta sér andmælarétt sinn áður en ákvörðun sé tekin. Við meðferð málsins hafi Arion banki hf. haft næg tækifæri til þess að tjá sig um málið.

Samkeppniseftirlitið bendir á að þær upplýsingar sem eftirlitið hafi undir höndum um þróun verðs og magns á grísum renni stoðum undir það að framboð á grísum til slátrunar muni dragast saman á næstunni. Verði að hafa það í huga þegar metið sé svigrúm svínabúa til þess að auka framleiðslu sína. Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að þótt leiða megi að því líkum að tiltekna kjötvinnslur muni óska eftir meira hráefni frá þeim aðila sem viðkomandi sé í mestum viðskiptum við séu nokkrar kjötvinnslur starfandi á landinu. Meginbirgir þeirra sé ekki í öllum tilvikum sá sami. Þá sé jafnframt rétt að taka fram að almennt kaupi kjötvinnslur grísi af fleiri en einum slátrara eða ræktanda.

Um fjárhagslega burði samkeppnisaðila til að auka framleiðslu sína telur Samkeppniseftirlitið að í raun sé útilokað að kanna hvort hún sé til staðar og enn erfiðara að kanna það aftur í tímann. Svínabændur séu almennt mjög skuldsettir. Eigi það jafnt við um áfrýjanda, Stjórnugrís hf., sem aðra svínabændur.

Samkeppniseftirlitið áréttar þá niðurstöðu að ósannað sé að markaðshlutdeild svínabúanna að Hýrumel og Brautarholti hefðu hvort eð er að verulega eða öllu leyti horfið til Stjórnugrís hf. og þau sjónarmið sem áfrýjandi, Stjórnugrís hf., vísi til breyti ekki þeirri niðurstöðu.

Samkeppniseftirlitið vísar til úrskurðar áfrýjunarnefndarinnar varðandi úrlausn um að markaðshlutdeild félags á fallanda fæti þurfi að verulegu eða öllu leyti að hverfa til yfirtöku félags. Þeim úrskurði hafi ekki verið skotið til dómstóla.

Þá fellst Samkeppniseftirlitið ekki á það með áfrýjanda, Stjórnugrís hf., að verulegar líkur séu á því að viðskiptavinir hinna ógjaldfæru svínabúa hefðu flutt viðskipti sín til áfrýjanda sem hefði þar með aukið hlutdeild sína umfram aðra framleiðendur.

Samkeppniseftirlitið vísar til umfjöllunar í hinni kærðu ákvörðun um vannýtta framleiðslugetu samkeppnisaðila samrunaaðila. Ósannað sé að samkeppnisaðilar Stjórnugrís hf. hefðu ekki getað aukið framleiðslu sína til að mæta aukinni eftirspurn.

## V.

### Niðurstaða

#### 1.

Í fyrri úrskurði sínum í málinu komst áfrýjunarnefndin að þeirri niðurstöðu að ekki hefði tekist að sanna að skilyrði undantekningarreglunnar um fyrirtæki á fallanda fæti væru til staðar. Var bent á ýmis atriði sem ollu vafa um að hvorki væri hægt að slá því föstu að samruninn við Stjórnugrís hf. væri ekki verri úrlausn í samkeppnislegu tilliti en að svínabúin hættu rekstri né að fullreynt væri að ekki væru aðrir og betri kostir í boði. Var lagt fyrir Samkeppniseftirlitið að taka afstöðu til umræddra atriða með frekari meðferð málsins og nýrri ákvörðun. Í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar í máli nr. 1/2011 fólst ekki að rannsaka þyrfti málið frá grunni og taka afstöðu til annarra atriða en sérstaklega var bent á í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar í málinu.

#### 2.

Samkeppniseftirlitið fór að í samræmi við úrskurð áfrýjunarnefndarinnar: kallaði eftir sjónarmiðum málsaðila og hagsmunaðila um hin umdeildu atriði og lagði síðan að nýju mat á þau. Bæði Arion banki hf. og Stjórnugrís hf. hafa haldið því fram með ýmsum rökum að við hina nýju meðferð Samkeppniseftirlitisins hafi verið brotið gegn málsmeðferðarreglum stjórnsýsluréttar, einkum rannsóknar- og andmæla-reglu samkvæmt 10. og 13. gr. stjórnsýslulaga. Ekki verður séð að þessar málsástæður eigi nokkurn rétt á sér, enga þörf bar til að útbúa nýtt andmælaskjal og öll sjónarmið málsaðila voru kunn um þau atriði sem máli skiptu. Þessu til viðbótar leitaði Samkeppniseftirlitið sérstaklega eftir viðbótarsjónarmiðum málsaðila varðandi skilyrðin um fyrirtæki á fallanda fæti í ljósi úrskurðar áfrýjunarnefndarinnar og gaf þeim færi á að leggja fram frekari gögn, sem þeir og nýttu sér. Verður því málsástæðum um meint brot gegn málsmeðferðarreglum að þessu leyti hafnað.

#### 3.

Arion banki hf. og Stjórnugrís hf. byggja á því að frestur til að ógilda samrunann hafi verið liðinn þegar Samkeppniseftirlitið tók seinni ákvörðun sína í framhaldi af ógildingu á fyrri ákvörðun. Ljóst er að í kjölfar úrskurða áfrýjunarnefndar eða dómstóla kunna samkeppnisyfirvöld að þurfa að úrskurða á ný í samrunamálum, t.d. ef deilt



hefur verið um skilyrði fyrir samruna. Úrskurðarvald áfrýjunarnefndarinnar færi fyrir lítið ef ógilding á samrunaákvörðun Samkeppniseftirlitsins leiddi til þess að frestir teldust liðnir og heimild til samruna sjálfkrafa komin á.

4.

Í málum þar sem lagt er fyrir Samkeppniseftirlitið að taka á ný afstöðu til ákveðinna atriða hefst nýr áfangi í málsmeðferðinni þar sem upphaflegir frestir eiga ekki við. Eðli máls samkvæmt þarf að hraða slíkri ákvörðun. Í lokamálslið 2. mgr. 17. gr. e. samkeppnislaga er vikið að því að Samkeppniseftirlitið skuli taka ákvörðun um höfnun samruna eða setningu skilyrða í máli sem hefur verið endurupptekið eigi síðar en 30 dögum eftir að endanleg niðurstaða liggur fyrir um ógildingu á ákvörðun. Þetta ákvæði tekur að sönnu til atvika þegar áfrýjunarnefnd eða dómstóll ógildir ákvörðun um höfnun samruna eða um setningu skilyrða fyrir samruna vegna formgalla á málsmeðferð en segja má að sömu eðlisrök eigi við í því máli sem hér er til umfjöllunar.

Samkeppniseftirlitið rannsakaði þau atriði sem efni stóðu til og lauk ákvörðun sinni í málinu innan 30 virkra daga. Verður að telja það innan fresta og er því hafnað málsástæðum sem lúta að því að frestir hafi verið liðnir.

5.

Bæði Arion banki hf. og Stjórnugrís hf. telja að efnislegar forsendur hafi verið til þess að fallast á vörnina um fyrirtæki á fallanda fæti. Áfrýjandinn Stjórnugrís hf. hefur lagt fram viðbótargögn sem fyrirtækið telur sanna að markaðshlutdeild hinna yfirteknu búa hefði að öllu eða verulegu leyti farið til félagsins ef búin hefðu verið lögð niður og eignir þeirra horfið af markaði. Þessu mótmæla aðrir hagsmunaaðilar og hafa m.a. bent á í athugasemdum sínum til áfrýjunarnefndarinnar að Brautarholtsbúið hafi selt verulegan hluta framleiðslu sinnar til Síldar og Fisks ehf. og Ferskra kjötvara ehf (en ekki eingöngu Stjórnugrís hf. eins og haldið er fram) áður en Arion banki hf. tók reksturinn yfir.

Stjórnugrís hf. hefur einnig byggt á því að félagið hafi haft skýrar viðskiptalegar forsendur til að auka við framleiðslu sína vegna gildandi viðskiptasamninga og vegna rekstraráætlana sláturhúss síns. Þá hefur Stjórnugrís hf. byggt á því að félagið hefði nýtt fjármuni, sem annars hefðu runnið til kaupanna í að auka framleiðslu og auk þess hafi félagið eitt verið í þeirri stöðu að geta tekið við viðskiptavinum hinna yfirteknu

búa. Því sé ólíklegt að viðskiptamenn þeirra hefðu leitað í nokkru mæli til annarra svínabúa.

Allt þetta telur Stjórnugrís hf. sýna að langlíklegast sé að marksaðhlutdeild hinna yfirteknu búna hefði runnið til hans að mestu eða öllu leyti. Því séu í raun enginn munur á þeirri samkeppnislegu stöðu sem orðið hefði á markaðinum við yfirtöku hans á búunum og ef aðrar tækar leiðir hefðu verið farnar við ráðstöfun þeirra.

## 6.

Áfrýjunarnefndin lagði ríka áherslu í fyrri úrskurði sínum í málinu að reglan um fyrirtæki á fallanda fæti væri undantekningarregla og til þess að henni mætti beita þyrfti að vera hafið yfir vafa að skilyrði hennar væru uppfyllt. Um framangreindar röksemdir Stjórnugrís hf. má allar segja að þær byggja á áætlunum fyrirtækisins sjálfs, þær sæta mótmælum annarra hagsmunaaðila og engin leið er í raun að slá því föstu að áætlanirnar hefðu gengið eftir. Miðað við sönnunaraðstöðuna telst ósannað að mati áfrýjunarnefndarinnar að keppninautar Stjórnugrís hf. hefðu ekki leitast við að nýta betur ónýtta framleiðslugetu sína og því haft færi til þess að sækja þá markaðshlutdeild sem hin föllnu svínabú hefðu skilið eftir.

Að öðru leyti hafa ekki komið fram ný sjónarmið í málinu sem hnekkja þeim rökum sem fram koma í fyrri úrskurði nefndarinnar, m.a. hvað varðar aðra kosti sem Arion banki hf. hafði og fyrirkomulag á sölu svínabúanna. Það atriði skipti máli vegna nauðsynjarinnar á því að sýnt sé fram á að ekki hafi verið fyrir hendi skárri leiðir í samkeppnislegu tilliti og hvaða aðferðum var beitt við að fá fram þá valkosti.

Að öllu framansögðu, og með vísan til fyrri úrskurðar nefndarinnar í málinu, verður ekki fallist á að ný meðferð Samkeppniseftirlitsins og sjónarmið aðila hér fyrir nefndinni breyti því mati að það skorti á að skilyrðin um fyriræki á fallanda fæti séu uppfyllt. Verður því ákvörðun Samkeppniseftirlitsins staðfest.

### **Úrskurðarorð:**

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 21. júlí 2011 í máli nr. 22/2011 er staðfest.

Reykjavík 4. nóvember 2011.

Jóhannes Karl Sveinsson

Brynhildur Benediksdóttir

Stefán Már Stefánsson

Rétt endurrit staðfestir: