

Úrskurður

áfrýjunarnefndar samkeppnismála

í máli nr. 19/2002

Aalborg Portland Íslandi hf.

gegn

samkeppnisráði

I.

Með bréfi, dags. 27. nóvember 2002, hefur Aalborg Portland Íslandi hf. (hér skammstafað APÍ) kært [ákvörðun samkeppnisráðs nr. 32/2002](#), dags. 28. október 2002.

Í hinni kærðu ákvörðun taldi samkeppnisráð ekki tilefni til aðgerða vegna viðskiptahátta Sementsverksmiðjunnar hf.

Áfrýjandi krefst þess að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hnekki ákvörðun samkeppnisráðs, að Sementsverksmiðjan hf. verði ákvörðuð sem markaðsráðandi aðili á íslenskum sementsmarkaði, að lagt verði fyrir samkeppnisráð að ákvarða efnislega um upphafleg kærutriði samkvæmt erindi áfrýjanda til Samkeppnisstofnunar, dags. 28. janúar 2002, og að þegar verði gripið til ráðstafana og viðurlaga gagnvart Sementsverksmiðjunni hf. í samræmi við fyrirmæli samkeppnislaga.

Af hálfu samkeppnisráðs er þess krafist að ákvörðun ráðsins verði staðfest með vísan til forsendna hennar.

II.

Málavextir eru þeir að áfrýjandi sendi Samkeppnisstofnun erindi, dags. 28. janúar 2002, þar sem hann óskaði eftir því að kannað yrði hvort Sementsverksmiðjan hf. (hér skammstafað SV) hafi brotið gegn góðum viðskiptaháttum í skilningi

samkeppnislaga nr. 8/1993. Í erindinu sagði að í ársreikningi SV fyrir árið 2000 kæmi fram að útistandandi viðskiptakröfur, skuldabréfa- og víxileign, næmu 494,6 milljónum króna, en sú upphæð svari til tæplega helmings af veltu félagsins það ár. Áfrýjandi taldi að líkur væru á að umræddar kröfur SV mætti rekja til viðskipta stærstu viðskiptavina félagsins og óeðlilega langs greiðslufrests eða annarra óeðlilegra viðskiptakjara og að þessi háttsemi, ef sannaðist, væri brot á 11. og 20. gr samkeppnislaga. Krafðist áfrýjandi þess að Samkeppnisstofnun kannaði myndun viðskiptakrafna SV sem og þróun sementsverðs til stærstu viðskiptavina SV í sementskaupum árin 2000 og 2001. Einnig fór hann fram á að kannað yrði hvort um óraunhæfa verðlækkun, óeðlilega lága álagningu eða sölu undir kostnaðarverði hafi verið að ræða á umræddu tímabili, í krafti markaðsráðandi stöðu, í þeim tilgangi að bægja frá samkeppni. Jafnframt fór hann fram á að könnuð yrði verðþróun SV á pökkuðu sementi til BYKO og Húsasmiðjunnar á áður greindu tímabili. Að lokum fór áfrýjandi fram á að Samkeppnisstofnun kannaði hvort ummæli á vefsíðu SV um danskt sement, þar sem vitnað er til rannsóknarniðurstaðna Rannsóknarstofnunar byggingariðnaðarins, uppfyllti kröfur um góða viðskiptahætti í skilningi samkeppnislaga, þar sem fyrir lægi að rannsókn þeirri sem vitnað sé til á vefsíðunni væri ekki enn lokið. Var þessi hluti erindis áfrýjanda skilinn frá öðrum þáttum erindisins við málsmeðferð Samkeppnisstofnunar og var hann því ekki afgreiddur í hinni áfrýjuðu ákvörðun samkeppnisráðs.

Samkeppnisstofnun óskaði eftir umsögn og athugasemdum frá SV vegna erindis áfrýjanda með bréfi stofnunarinnar, dags. 6. febrúar 2002. Umsögn ásamt umbeðnum gögnum og upplýsingum barst frá SV þann 1. mars 2002. SV óskaði eftir að farið yrði með upplýsingar í umsögn fyrirtækisins og gögn sem trúnaðarmál. Í umsögn SV kom fram að fimm stærstu viðskiptavinir SV væru eftirtaldir, raðað eftir umfangi viðskipta: B.M. Vallá ehf., Steypustöðin ehf., Steypustöð Suðurlands, Möl og sandur hf. og Loftorka Borgarnesi ehf.

Í umsögn SV kom fram að árið 2000 hafi engir formlegir viðskiptasamningar verið í gangi. B.M. Vallá og Steypustöðin hafi greitt samkvæmt auglýstu verði með hæsta afslætti eins og það var á hverjum tíma. Jafnframt hafi þessir aðilar fengið aukaafslætti síðari hluta ársins eða undir lok þess með hliðsjón af magni viðskipta og skilvísi en slíkir afslættir hafi tíðkast um árabil. Sumarið 2001 hafi hins vegar verið gerður viðskiptasamingur við B.M. Vallá, en slíkir samningar hafi ekki verið gerðir við aðra.

Hvað varðar greiðslufresti þessara fimm stærstu viðskiptavina SV þá segir SV að engar sérstakar breytingar hafi orðið á síðustu tveimur árum miðað við árin á undan hjá þessum aðilum. SV segir það á misskilningi byggt þegar því sé haldið fram að háar skammtímakröfur séu vísbending um lengri greiðslufrest eða stóraukin vanskil einstakra viðskiptavina. Einnig segir SV að í ársreikningi ársins 2000 séu verulegar fjárhæðir í viðskiptabréfum, m.a. tengdum eignasölu, sem hafi ekki gjaldfallið fyrr en árið 2001. Nánast allir viðskiptavinir fyrirtækisins skuldi úttekt tveggja síðustu mánaða ársins, mjög margir þriðja mánuðinn og nokkrir talsvert meira. Innheimta viðskiptakrafna hafi verið mjög erfið síðustu 3-4 misseri, eins og almennt í byggingariðnaði, sem sé alþekkt fyrirbæri í þeirri grein á þenslutímum.

Varðandi gögn um almennt verð á sekkjuðu sementi til BYKO hf. og Húsasmiðjunnar hf., hvernig það hefur þróast, afsláttarkjör o.þ.h. á síðustu tveimur árum bendir SV á það að Samkeppnisstofnun hafi heimilað frjálsta álagningu á sekkjuðu sementi í smásölu frá 1. ágúst 1994, eftir margra ára baráttu bæði SV og smásöluaðila. SV segist alltaf hafa selt öllum aðilum, sem selja sekkjað sement í smásölu, á auglýstu verði hverju sinni. Hver og einn smásali ráði síðan álagningunni án nokkurs samráðs við SV.

Þann 20. mars 2002 óskaði Samkeppnisstofnun eftir frekari gögnum frá SV. Samkeppnisstofnun bærust athugasemdir SV ásamt fylgigögnum þann 16. apríl 2002. Með athugasemdum SV fylgdi ársreikningur fyrirtækisins fyrir árið 2001 og upplýsingar um skiptingu kostnaðar og framleiðslu eftir tegundum sements árin 2000-2001. Loks lagði SV mat á það hvað sé fastur og breytilegur kostnaður fyrirtækisins. Óskað var eftir að farið yrði með athugasemdirnar ásamt fylgigögnum sem trúnaðarupplýsingar. Segir m.a. í athugasemdunum SV að eins og sjá megi á yfirlitum um framleiðslukostnað þá hafi hann hækkað á milli ára vegna mikilla gengisbreytinga, hækkunar olíu- og kolaverðs, nýrra kjarasamninga og óvenjumikillar verðbólgu innanlands. Engin tók hafi hins vegar verið á að koma þessum hækkunum út í verðlagið vegna óvæginna samkeppni. Þá hafi stærstu viðskiptavinir fyrirtækisins að auki knúið fram aukaafslætti vegna gylliboða og lækkandi verðs frá keppinauti SV. Í lok ársins hafi fyrirtækið þó hækkað sementsverð um 7% við lítinn fögnuð ýmissa viðskiptavina og virðist SV sem fyrirtækið hafi tapað einhverjum viðskiptum vegna hækkunarinnar.

Með bréfi, dags. 3. júní 2002, var frumniðurstaða Samkeppnisstofnunar send til SV og fyrirtækinu boðið að tjá sig um hana. Í frumniðurstöðunni kom fram að

Samkeppnisstofnun teldi að SV hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með því að gera einkakaupasamning við B.M. Vallá og að til álita kæmi að beita heimildum 52. gr. samkeppnislaga og leggja stjórnvaldssekt á SV. Svar SV barst Samkeppnisstofnun í bréfi, dags. 12. júlí 2002. Í athugasemdum SV telur fyrirtækið mat Samkeppnisstofnunar um að SV hafi markaðsráðandi stöðu á íslenska markaðnum ekki vera einhlítt. SV segir að þrátt fyrir að fyrirtækið hafi 80% markaðshlutdeild en áfrýjandi 20% fullnægi SV ekki þeim skilyrðum að hafa efnahagslegan styrkleika til að geta hindrað virka samkeppni og SV geti ekki starfað án þess að taka tillit til keppninauta, viðskiptavina og neytenda. Aftur á móti taldi SV sterkar vísbendingar benda til þess að áfrýjandi hefði þennan styrkleika vegna öflugs móðurfélags síns. SV mótmælti þeirri ályktun Samkeppnisstofnunar að samningur milli SV og B.M. Vallár, dags. 27. ágúst 2001, væri einkakaupasamningur í skilningi samkeppnisréttar. Samningurinn hafi vissulega gilt fyrir öll viðskipti á milli aðila í rúma 8 mánuði, þar til nýr samningur hafi leyst hann af hólmi, þann 10. maí 2002. Í orðalagi samningsins hafi hins vegar ekki falist loforð B.M. Vallár um að beina ekki viðskiptum sínum annað og engin viðurlög hafi verið ákveðin ef B.M. Vallá keypti sement af öðrum. Samningar sem þessir hafi ekki verið venjubundnir í viðskiptum SV og það hafi ekki verið ætlun forsvarsmanna fyrirtækisins að gera einkakaupasamning. Atvik þau sem hafi leitt til þessa óvenjulega samnings tengdust markaðssetningu áfrýjanda, en forsvarsmenn hans höfðu sett sig í samband við B.M. Vallá og boðið forsvarsmönnum fyrirtækisins til Álaborgar í tengslum við þær viðræður og boðið þeim viðskiptasamning. Hugmyndin um formlegan viðskiptasamning hafi síðan orðið kveikjan að því að B.M. Vallá fór fram á við SV að á milli þeirra yrði gerður slíkur samningur og hafi hann verið saminn af B.M. Vallá. Forsvarsmenn SV hafi engan ásetning haft til að gera einkakaupasamning og þaðan af síður þekkingu á því að hugsanlega væri verið að brjóta samkeppnislög. SV hafi aldrei haft uppi neina eftirgrennslan um hvort B.M. Vallá keypti sement af öðrum eða beitt ákvæðinu á neinn hátt. Viðskiptasamningurinn frá 27. ágúst 2001 hafi verið felldur úr gildi með nýjum samningi á milli aðila, dags. 10. maí 2002. Vegna ábendingar Samkeppnisstofnunar hefðu aðilar breytt 4. lið samningsins þannig að út hafi verið strikað orðalag þess efnis að B.M. Vallá muni beina viðskiptum sínum til SV á samningstímanum sé þess nokkur kostur. Loks gerði SV athugasemd við þá ályktun Samkeppnisstofnunar að liður 2 í samningnum kunni að fela í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga. Þegar umræddur samningur hafi verið gerður hafi SV verið að þróa

nýja sementstegund. Um þessa þróunarvinnu hafi tekist samstarf á milli aðila en samkvæmt samningnum hafi SV tekið á sig áhættuna á því að B.M. Vallá þyrfti að kaupa meira magn af kraftsementi en hefðbundnu portlandssementi.

Með bréfi Samkeppnisstofnunar, dags. 3. júní 2002, var B.M. Vallá gefinn kostur á því að koma að athugasemdum vegna frumniðurstöðu Samkeppnisstofnunar. Með bréfi, dags. 14. ágúst 2002, bárust athugasemdir B.M. Vallár vegna hennar. Í athugasemdunum kom fram að árið 2001 hafi farið fram viðræður milli forsvarsmanna B.M. Vallár og áfrýjanda að frumkvæði þess síðarnefnda. Af frekari viðskiptum hafi ekki orðið en í framhaldinu hafi verið gerður viðskiptasamningur milli B.M. Vallár og SV að frumkvæði og ósk B.M. Vallár. Með umræddum viðskiptasamningi hafi B.M. Vallá knúið fram jafnstöðu í verði hjá SV miðað við það verð sem APÍ hafi verið að bjóða fyrirtækinu. Það hafi þó verið aðrar ástæður sem réðu því að B.M. Vallá sóttist eftir samningi við SV. Að mati B.M. Vallár hafi komið glögg í ljós eftir fund með áfrýjanda að markmið hans hafi verið að komast yfir SV og ná einokun á íslenska markaðnum. Sú breyting hefði ekki þjónað hagsmunum íslenskra steypuframleiðenda að mati B.M. Vallár. Þá segir B.M. Vallá að rannsóknarniðurstöður á samanburði á sementi SV og dönsku sementi hafi leitt í ljós að gæðin á íslenska sementinu hafi verið meiri.

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

Á fundi samkeppnisráðs 28. október 2002 var tekin ákvörðun í máli þessu.

Ákvörðunarorðin hljóða svo:

„Samkeppnisráð mun ekki hafast frekar að í máli þessu.“

Mál þetta var flutt skriflega fyrir áfrýjunarnefndinni. Greinargerð samkeppnisráðs barst 17. desember 2002. Þá var SV send kæran og greinargerð samkeppnisráðs til kynningar.

III.

Af hálfu áfrýjanda er vísað til þess að hann fallist á forsendur ákvörðunar samkeppnisráðs varðandi skilgreiningu markaðarins, sbr. 2. tölulið niðurstaðna hinnar kærðu ákvörðunar, þ.e. að vörumarkaður sá sem um ræðir í málinu sé framleiðsla/innflutningur og sala á sementi og að hinn landfræðilegi markaður takmarkist við Ísland. Öðru máli gegni um þær forsendur sem samkeppnisráð gangi

út frá við mat á stöðu aðila á markaðnum undir 3. tölulið, þar sem komist sé að þeirri niðurstöðu að SV sé ekki í markaðsráðandi stöðu á íslenskum sementsmarkaði. Samkeppnisráð byggi niðurstöðu sína á því að kaupendastyrkur vegi upp á móti yfirgnæfandi markaðshlutdeild SV, þar sem kaupendur á markaðnum séu fáir og líklegir til að vera í aðstöðu til að halda verðhækkunum í skefjum eða jafnvel þrýsta verði niður og vísi því til stuðnings til ákvörðunar framkvæmdastjórnar EB í máli nr. IV/M.1225, er varðaði samruna tveggja félaga á fákeppnismarkaði (Stora/Enso). Áfrýjandi telur að aðstæður við framangreinda ákvörðun framkvæmdastjórnar EB, hafi verið í veigamiklum atriðum aðrar en þær sem fyrir hendi séu á íslenska sementsmarkaðnum, reyndar svo frábrugðnar að ákvörðunin hljóti að hafa aðeins afar takmarkað, jafnvel ekkert fordæmisgildi í máli þessu.

Áfrýjandi bendir á að líta verði til þeirrar viðskiptavildar sem félagi eins og SV hafi áunnist á markaði þar sem nálægð er mikil milli kaupenda og framleiðanda og ákveðin hagsmunatengsl myndast milli kaupenda og seljanda, um svo langan tíma sem hér um ræðir. Varðandi þessa aðstöðu megi jafnvel benda á að líkur séu á að aðilar á markaði, þ.e. kaupendur og seljandi (SV), séu orðnir fjárhagslega háðir hvor öðrum og að kaupendur í þeirri aðstöðu séu hreint ekki færir um að beina viðskiptum til hins nýja seljanda (APÍ) t.d. vegna skuldastöðu sinnar við aðilann sem fyrir var á markaði (SV). Ýmislegt fleira geti komið hér til, svo sem sameiginlegar fjárfestingar og eignarhald á félögum í kaupendahópnum o.s.frv. Þegar við allt þetta bætist svo hræðsluáróður um "danska einokun" sem óhjákvæmilega muni fylgja í kjölfar fyrirsjáanlegs brotthvarfs SV af markaði, hljóti að liggja í augum uppi að róðurinn verði þungur hverju því félagi sem reynir að hasla sér völl á þeim markaði.

Áfrýjandi heldur því fram að í ákvörðun samkeppnisráðs í máli nr. 17/2002, sem staðfest hafi verið við kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála af áfrýjunarnefndinni í máli nr. 12/2002, hafi ráðið komist að þeirri niðurstöðu að SV væri markaðsráðandi aðili á íslenskum sementsmarkaði. Telur áfrýjandi sig ekki þurfa að una þeirri réttaróvissu að ákvarðanir samkeppnisyfirvalda geti gengið sitt á hvað um þetta atriði.

Taki áfrýjunarnefnd samkeppnismála til greina aðalkröfu áfrýjanda, um að hnekkj verði ákvörðun samkeppnisráðs um markaðsstöðu SV, krefst hann þess að nefndin fjalli um og afgreiði efnislega ofangreind umkvörtunarefni hans. Vegna framangreindrar niðurstöðu samkeppnisráðs, að SV væri ekki markaðsráðandi á íslenskum sementsmarkaði, þrátt fyrir allt að 80% markaðshlutdeild, hafi

umkvörtunarefnin ekki hlotið efnislega afgreiðslu, þótt rakin væru í forsendum ákvörðunar ráðsins, þar sem ákvæðum 11. gr. samkeppnislaga, yrði ekki beitt gagnavart aðila sem ekki hefði markaðsráðandi stöðu. Í því sambandi telur áfrýjandi óhjákvæmilegt að litið verði til viðbótarupplýsinga og gagna sem SV og BM Vallá hafi verið gert að leggja fyrir samkeppnisráð við gagnaöflun ráðsins. Þá telur áfrýjandi ástæðu til að kannað verði sérstaklega hvort SV hafi selt framleiðslu sína undir kostnaðarverði á árinu 2001, í ljósi rekstrarhalla upp á tæplega 230 milljónir króna það ár og ummæla í greinargerð félagsins til samkeppnisráðs, um verulega hækkun framleiðslukostnaðar á árinu 2001 vegna "...mikilla gengisbreytinga, hækkunar olíu- og kolaverðs, nýrra kjarasamninga og óvenju mikillar verðbólgu."

Áfrýjandi bendir á að þann 27. ágúst 2001 hafi SV og B.M. Vallá gert með sér viðskiptasamning, sem Samkeppnisstofnun taldi í frumathugun vera einkakaupasamning og ráðgerði af því tilefni að beita félagið sektarviðurlögum. Í svari SV við frumniðurstöðu Samkeppnisstofnunar og í athugasemdum B.M. Vallár hafi komið fram að ásetningur þeirra hafi ekki staðið til að gera einkakaupasamning, þeim hafi brostið lagaþekkingu til að vita að slíkt væri óheimilt og loks að samningurinn hafi aðeins gilt um skamman tíma. Krefst áfrýjandi þess að umræddur samningur verði metinn sem einkakaupasamningur, hvað sem líður ásetningi aðila eða gildistíma samningsins, enda ljóst að samningurinn hafi verið framkvæmdur sem einkakaupasamningur um níu mánaða skeið, eða þar til orðalagi hans hafi verið breytt. Lögvilla geti ekki verið refsileysisástæða, þar sem um fyrirtæki í atvinnurekstri sé að ræða, og eðlilegt og sanngjarnt að gera þá kröfu til fyrirsvarsmanna þess að þeir þekki lög og reglur samkeppnisréttar. Áfrýjandi telur jafnframt í þessu sambandi ekki fært að horfa fram hjá því sem fram komi í upplýsingum frá B.M. Vallá varðandi það að félagið hafi knúið SV til að bjóða félaginu sama verð og áfrýjandi bauð. Að lokum mælist áfrýjandi til að skoðaðar verði sérstaklega breytingar á eignarhaldi hlutafjár í fyrirtækjum sem tengist steinsteypuiðnaði á hérlendum markaði undanfarin misseri.

Af hálfu samkeppnisráðs er vísað til forsenda hinnar kærðu ákvörðunar.

IV.

Niðurstöður.

Eins og mál þetta er borið upp við áfrýjunarnefnd samkeppnismála er einungis til úrlausnar, hvort SV hafi með því háttæni, sem lýst hefur verið hér að framan, brotið gegn ákvæðum 11. gr. samkeppnislaga.

Því einungis getur verið um brot gegn þeim ákvæðum að ræða, að fyrirtæki það, sem um ræðir, hafi “markaðsráðandi stöðu” og hafi jafnframt misnotað þá stöðu, sbr. 1. mgr. umræddrar lagagreinar.

Markaðshlutdeild SV er með þeim hætti að jafngilda myndi markaðsráðandi stöðu við flestar aðstæður eftir hefðbundnum viðmiðunum. Hins vegar fer ekki á milli mála að aðstaðan á sementsmarkaði hér á landi, er sérstök eins og nú er háttað, ekki síst með hliðsjón af því að kaupendur eru örfáir að því er varðar stærsta hluta vörunnar. Hefur þetta óhjákvæmilega mikil áhrif á mat þess, hvort um markaðsráðandi stöðu sé að ræða eða ekki.

Í forsendum hinnar kærðu ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 32/2002, dags. 28. október 2002, eru færð ítarleg rök fyrir þeirri niðurstöðu ráðsins, að miðað við hinar sérstöku aðstæður á sementsmarkaðinum verði ekki talið, að svo búnu máli, að staða SV sé markaðsráðandi og geti því ekki komið til álita að beita 11. gr. samkeppnislaga um þá háttsemi þess fyrirtækis, sem hér um ræðir. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst að öllu leyti á þá röksemdafærslu, sem hér var vikið að, og tekur jafnframt undir niðurstöðu samkeppnisráðs í máli þessu, með vísun til þeirra raka.

Ekki er tekin afstaða til krafna áfrýjanda sem ekki hafa fengið umfjöllun í samkeppnisráði.

Niðurstaðan er því sú, að kröfur áfrýjanda eru ekki teknar til greina og ber að staðfesta hina kærðu ákvörðun.

Úrskurðarorð:

Ákvörðun samkeppnisráðs nr. 32/2002, dags. 28. október 2002, er staðfest.

Reykjavík, 20. janúar 2003

Páll Sigurðsson

Anna Kristín Traustadóttir

Lárus Blöndal