

Úrskurður

áfrýjunarnefndar samkeppnismála

í máli nr. 8/2006

Osta- og smjörösalan sf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I.

Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með bréfi, dags. 2. nóvember 2006, hefur Osta- og smjörösalan sf. kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 39/2006, sem tekin var 13. október 2006. Í hinni kærðu ákvörðun, komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hefði, með því að mismuna viðskiptaaðilum með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum með undanrennuðu, brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.

Af hálfu áfrýjanda er þess aðallega krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er þess krafist að kröfu áfrýjanda verði hafnað.

II.

Helstu málavextir

Með bréfi Mjólku ehf., dags, 20. október 2005, barst Samkeppniseftirlitinu erindi þar sem kvartað var yfir meintri misnotkun áfrýjanda á markaðsráðandi stöðu sinni við sölu á undanrennudufti til fyrirtækisins. Í erindinu var vísað til þess að áfrýjandi kræfi fyrirtækið um annað og hærra verð en hann áskildi sér úr hendi annarra sambærilegra viðskiptamanna sinna sem nýti undanrennuduft til mjólkurvöruframleiðslu og hafi neitað fyrirtækinu um sömu viðskiptakjör og hinir fyrrgreindu nytu. Fæli þetta í sér ólögmdæta mismunun og tilraun til að hindra aðgang Mjólku ehf. að mjólkuriðnaði héraendis og færi háttsemin m.a. gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.

Erindi Mjólku ehf. var sent áfrýjanda til umsagnar. Í umsögn sinni til Samkeppniseftirlitsins mótmælti áfrýjandi að hafa brotið gegn samkeppnislögum í viðskiptum við fyrirtækið. Vísaði áfrýjandi m.a. til þess að hann hafi leiðrétt verð á undanrennudufti til Ostahússins og byggju fyrirtækin því við sömu kjör hvað varðaði kaup á undanrennudufti til framleiðslu mjólkurvara. Sala áfrýjanda á undanrennudufti til Ostahússins á svokölluðu iðnaðarverði hafi verið mistök starfsfólks áfrýjanda.

Málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins er að öðru leyti lýst í hinni kærðu ákvörðun og vísast til þess er þar segir. Hinn 13. október 2006 var ákvörðun tekin í málinu. Ákvörðunarorð Samkeppniseftirlitsins hljóða svo:

„Osta- og smjöröalan hefur brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 með því að mismuna viðskiptaaðilum með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum með undanrennuduft eins og nánar greinir í ákvörðun þessari.“

Mál þetta var flutt skriflega fyrir áfrýjunarnefndinni. Greinargerð Samkeppniseftirlitsins barst 22. nóvember 2006. Athugasemdir áfrýjanda bárust 30. nóvember 2006 og athugasemdir Samkeppniseftirlitsins bárust 7. desember 2006. Mjólku ehf. var send kæra

áfrýjanda og greinargerð Samkeppniseftirlitsins til kynningar og var fyrirtækinu gefinn kostur á að koma á framfæri athugasemdom. Bárust þær hinn 13. desember 2006.

III.

Helstu röksemdir málsaðila

Röksemdir áfrýjanda

Af hálfu áfrýjanda er á því byggt að samkeppnisýfirvöld hafi ekki lögsögu í málinu. Búvörulög nr. 99/1993 séu sérlög sem gangi frammar samkeppnislögum, sbr. 3. mgr. 13. gr. og 71. gr. laganna. Samkvæmt búvörulögum ákveði opinber nefnd, verðlagsnefnd búvöru, afurðaverð til búvöruframleiðenda og verð búvara í heildsölu, sbr. einkum 7. gr., 8. gr. og 13. gr. laganna. Það eigi við um verð á undanrennudufti. Mótmælir áfrýjandi þeim skilningi Samkeppniseftirlitsins að ákvæði samkeppnislaga geti tekið til viðskipta hans með þær vörur sem verðlagðar séu á grundvelli búvörulaga að því er varði önnur atriði en verðlagningu. Málið snúist um það á hvaða verði áfrýjandi eigi að selja Mjólku annars vegar og Ostahúsinu hins vegar undanrennuduft, ekki um aðra skilmála í viðskiptum aðila.

Verði fallist á að samkeppnisýfirvöld hafi lögsögu í málinu byggir áfrýjandi á því að Samkeppniseftirlitið hafi skort mikilvægustu efnislegu forsenduna til að taka ákvörðun í málinu þar sem það hafi ekki tekið afstöðu til þess á hvaða verði selja hafi átt Mjólku eða Ostahúsinu undanrennuduftið. Þrátt fyrir þetta telji eftirlitið sig geta slegið því föstu að áfrýjandi hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína með því að selja ekki þessum aðilum undanrennuduft á sama verði. Slík niðurstaða standist ekki þar sem eftirlitið hafi ekki rannsakað málið með viðhlítandi hætti og því ekki getað lagt á það efnislegt mat. Vísar áfrýjandi til 10. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 máli sínu til stuðnings.

Áfrýjandi byggir ógildingarkröfu sína jafnframt á því að ekki hafi átt sér stað mismunun sem raskaði samkeppni Mjólku gagnvart keppinautunum eða sé til þess fallin að raska þeirri samkeppni. Meginforsenda Samkeppniseftirlitsins sé röng. Í hinni kærðu ákvörðun segi á bls. 18: “*Samkvæmt þessu er ljóst að mismunun átti sér stað þar sem sambærileg*

leiðrétting var ekki gerð gagnvart Ostahúsinu þegar Mjólka var krafín um hefðbundið heildsöluverð.” Áfrýjandi telur þessa staðhæfingu ekki rétta. Það liggir fyrir í málinu að Mjólka hafi fyrst keypt undanrennuduft þann 26. ágúst 2005 í reikning. Kaupin hafi þá verið færð á verði skv. vörunúmeri 7515, þ.e. verð á undanrennudufti til iðnfyrirtækja annarra en þeirra sem framleiða mjólkurvörur. Mjólka hafi næst pantað undanrennuduft þann 6. október það ár og þá verið tjáð að fyrri vörukaup hefðu verið færð undir rangt vörunúmer og salan færi nú fram skv. vörunúmeri 7516, þ.e. verð á undanrennudufti til mjólkurvöruframleiðenda. Í beinu framhaldi af þessu hafi jafnframt farið fram hjá áfrýjanda sambærileg verðleiðrétting gagnvart Ostahúsinu og þegar þann 14. október það ár, er Ostahúsið hafi keypti næst undanrennuduft, hafi kaupin verið á verði skv. vörunúmeri 7516. Þessi leiðrétting sé staðfest í hinni kærðu ákvörðun, en á bls. 19 í ákvörðuninni segi: *“Samkvæmt gögnum sem Samkeppniseftirlitið aflaði selur Osta- og smjörösalan nú Ostahúsinu undanrennuduft á hefðbundnu heildsöluverði og er því ekki lengur um neina mismunun að ræða.”* Í raun séu því mótsagnir í forsendum hinnar kærðu ákvörðunar um þetta. Samkvæmt þessu sé ekki unnt að halda því fram að ekki hafi farið *“sambærileg leiðrétting”* fram *“gagnvart Ostahúsinu þegar Mjólka var krafín um hefðbundið heildsöluverð”* á undanrennudufti, hvað þá byggja á því íþyngjandi ákvörðun.

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

Áfrýjandi byggir einnig á því að sala hans á undanrennudufti til Ostahússins á verði samkvæmt vörunúmeri 7515, þ.e. á auglýstu verði til iðnfyrirtækja annarra en þeirra sem framleiði mjólkurvörur, fram að því að það var leiðrétt, eins og áður greinir, geti ekki talist ólöglegt hegðun í skilningi samkeppnislaga. Í því sambandi vísar áfrýjandi til þess að sala hans á undanrennuduftinu til Ostahússins á þessu verði hafi ekki tengst innkomu Mjólkú inn á markaðinn. Sú sala hafi verið byrjuð talsvert löngu áður og innkoma Mjólkú á markaðinn hafi engin áhrif haft á það að umrætt verð hafi verið notað í þeim viðskiptum. Það hafi verið mannleg mistök sem réðu því að umrætt verð hafi verið lagt til grundvallar í þessum viðskiptum í upphafi og beri að taka tillit til þess.

Af hálfu áfrýjanda er bent á að hann hafi ekkert með að gera verðákvörðun á undanrennudufti. Það sé ákveðið af verðlagsnefnd búvöru en ekki hjá áfrýjanda. Hann hafi því ekkert val um það við hvaða verði hann skyldi selja Mjólkú undanrennuduft.

Röksemdir Samkeppniseftirlitsins

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er, hvað varðar heimild samkeppnisyfirvalda til að fjalla um málið, vísað til þess að í 1. mgr. 2. gr. samkeppnislaga segi að lögin taki til hvers konar atvinnustarfsemi, svo sem framleiðslu, verslunar og þjónustu, án tillits til þess hvort umrædd starfsemi sé rekin af einstaklingum, félögum, opinberum aðilum eða öðrum. Enda þótt heildsöluverð á nánar tilteknum búvörum, þar á meðal undanrennudufti, sé ákveðið á grundvelli laga nr. 99/1993 gildi ákvæði samkeppnislaga um sölu þeirra. Sé hvergi mælt fyrir um það í lögum nr. 93/1993 að sala á búvörum sé undanskilin ákvæðum samkeppnislaga.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að hin kærða ákvörðun snúi ekki að því á hvaða verði áfrýjandi hafi átt að selja undanrennuduft til Mjólkú og Ostahússins, þ.e. hvort um sé að ræða sölu til iðnaðar í skilningi auglýsingar um heildsöluverð á mjólk og mjólkurvörum. Hún snúi að því hvort áfrýjandi hafi með því að selja undanrennuduft á mismunandi verði til þessara aðila misnotað markaðsráðandi stöðu sína í skilningi 11. gr. samkeppnislaga. Við það mat skipti máli að áfrýjandi hafi litið svo á að í báðum tilvikum væri um að ræða

iðnfyrirtæki sem framleiddi mjólkurvörur. Afstaða áfrýjanda sjálfs hafi verið grundvöllur að mati Samkeppniseftirlitsins á því hvort um brot gegn samkeppnislögum væri að ræða.

Hvað varðar fullyrðingar áfrýjanda um að Samkeppniseftirlitið hafi ekki séð til þess að málið væri nægjanlega upplýst áður en ákvörðun hafi verið tekin í því þar sem í hinni kærðu ákvörðun liggja ekkert fyrir um afstöðu eftirlitsins til þess á hvaða verði áfrýjandi eigi að selja undanrennuduft til Mjólku og Ostahússins, þá vísar eftirlitið til þess að það skorti heimild til þess. Á hinn bóginn breytir það ekki því að áfrýjandi hafi sjálfur tekið afstöðu til umrædds atriðis með því að hækka verð til Ostahússins í kjölfar þess að Mjólka mótmælti því með bréfi til hans, dags. 7. október 2005, að fyrirtækið sæti ekki við sama borð við kaup á undanrennudufti.

Samkeppniseftirlitið bendir á að áfrýjandi hafi krafist Mjólku og Ostahúsið um mismunandi verð er hann seldi undanrennuduft til þessara aðila 6. október 2005. Á þessu hafi áfrýjandi ekki gefið aðra skýringu en að um mistök hafi verið að ræða. Óháð því hafi áfrýjandi hvorki nú né fyrr haldið því fram að eðlilegar og réttmætar ástæður hafi legið að baki mismununinni. Að því er stöðu Mjólku og Ostahússins snerti hafi legið fyrir að áfrýjandi hafði selt báðum aðilum undanrennuduft til ostagerðar og að áfrýjandi hafi litið á þá sem iðnfyrirtæki sem framleiddu mjólkurvörur í skilningi auglýsingar um heildsöluverð á mjólk og mjólkurvörum. Hafi því legið fyrir fullnægjandi upplýsingar um stöðu þessara aðila er hin kærða ákvörðun hafi verið tekin.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í kærðu áfrýjanda sé því haldið fram að engin mismunun hafi átt sér stað þar sem hann hafi leiðrétt verð til Mjólku og Ostahússins á sama tíma. Hér sé ekki rétt með farið hjá áfrýjanda. Áfrýjandi hafi krafist fyrirtækin um mismunandi verð er þau hafi keypt af honum undanrennuduft 6. október 2005. Samkvæmt skýringum áfrýjanda leiðrétti hann ekki verð til Ostahússins fyrr en eftir að Mjólka hafði kvartað yfir því að sitja ekki við sama borð og aðrir kaupendur undanrennudufts. Í þessu sambandi skipti engu þótt áfrýjanda líti svo á að hann hafi átt að selja undanrennuduftið á sama verði til beggja aðila. Hann hafi ekki átt frumkvæði að því að leiðrétta verð til

Ostahússins. Þá hafi leiðréttingin ekki átt sér stað á sama tíma og leiðréttingin gagnvart Mjólku.

Samkeppniseftirlitið hafnar því að samkeppnisstaða Mjólku hafi ekki verið veikt vegna umræddrar mismununar og því hafi ekki verið um brot á 11. gr. að ræða, m.a. þar sem Mjólka og Ostahúsið séu ekki í samkeppni. Eftirlitið telur að hafa verði í huga stöðu áfrýjanda á markaðnum, hann sé í einstakri yfirburðastöðu í skilningi samkeppnisréttarins. Séu í samkeppnisrétti gerðar alveg sérstakar kröfur til hegðunar slíkra fyrirtækja gagnvart keppinautum og viðskiptavinum sínum. Samkeppnisstaða Mjólku hafi verið veikt með því að fyrirtækið hafi verið krafð um hærra verð á undanrennudufti en Ostahúsið. Það ráði ekki úrslitum í þessu sambandi þótt fyrirtækin framleiði ekki sömu ostategundirnar því samkeppnisstaða fyrirtækis sé veikt með því einu að það búi við hærra kostnaðarverð en annar aðili með þeim afleiðingum að það sé erfðara fyrir það að hefja framleiðslu á nýjum vörum eða það hefði getað selt meira af þeirri vöru sem það framleiðir. Þó sé rétt að benda á að hvort tveggja áfrýjandi og Mjólka framleiði svonefndan fetaost. Það ráði heldur ekki úrslitum hvort eða hvaða áhrif háttsemin hafi haft á samkeppnisstöðu þess aðila sem hún beindist gegn. Nægi að háttsemin sé í eðli sínu til þess fallin að veikja samkeppnisstöðu viðkomandi aðila. Á sama hátt ráði umfang háttseminnar ekki úrslitum um hvort um misnotkun sé að ræða.

Hvað varðar tilvísun áfrýjanda til mistaka starfsmanna félagsins áréttar Samkeppniseftirlitið að huglæg afstaða fyrirtækja skipti ekki máli varðandi mat á því hvort 11. gr. samkeppnislaga hafi verið brotin, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 4/2006 *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Hvað varðar sjónarmið áfrýjanda um að það sé skilyrði þess að um brot gegn 11. gr. samkeppnislaga sé að ræða að aðgerð markaðsráðandi fyrirtækis viðhaldi eða styrki stöðu þess á markaðnum þá vísar Samkeppniseftirlitið til þess að enda þótt markaðsráðandi fyrirtæki megi ekki grípa til óeðlilegra aðgerða sem miði að því að styrkja stöðu þess á markaðnum sé jafnframt um misnotkun að ræða ef ekki sé unnt að samrýma aðgerðina eðlilegri samkeppni og hún hindrar hana eða vöxt hennar.

Vegna sjónarmiða áfrýjanda þess efnis að það sé skilyrði brots gegn 11. gr. samkeppnislaga að hann ákveði sjálfur verð á undanrennudufti bendir Samkeppniseftirlitið á að ólögmat mismunun taki ekki aðeins til verðákvörðunar markaðsráðandi fyrirtækis heldur til hvers konar viðskiptaskilmála og aðgerða markaðsráðandi fyrirtækis, sbr. meðal annars orðalag c liðar 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Hin kærða ákvörðun sé ekki reist á því að áfrýjandi ákveði sjálfur verð á undanrennudufti. Þess í stað sé ákvörðunin byggð á því að áfrýjandi hafi ekki á sama tíma leiðrétt verð á undanrennudufti til þeirra sem hann seldi undanrennuduft til ostagerðar.

IV.

Niðurstaða

Málsskjöl bera með sér að málavextir hafi verið nægilega í ljós leiddir um allt það, er varðar rök fyrir niðurstöðu málsins, og hefur rannsóknarskyldu þeirri, sem mælt er fyrir um í stjórnslulögum, því verið fullnægt.

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

Í máli þessu kemur til skoðunar 11. gr. samkeppnislaga, þar sem fjallað er um misnotkun á markaðsráðandi stöðu með skýrum efnisdæmum, sem ekki eru þó tæmandi talin í greininni. Í c lið 2. mgr. 11. gr. er tekið fram, að misnotkun í framangreindum skilningi geti falist í því að “viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra þannig veikt.”

Hvað varðar skilyrði þess, að fyrrnefnt ákvæði 11. gr. samkeppnislaga eigi við verður hér byggt á því hefðhelgaða viðhorfi innan samkeppnisréttar, sem m.a. hafa komið fram í fyrri úrskurðum áfrýjunarnefndar svo sem rakið er í röksemdum fyrir niðurstöðu hinnar áfrýjuðu ákvörðunar, að huglæg afstaða gerenda (þ.e. hvort um sök hafi verið að ræða eða ekki) skipti ekki máli við ákvörðun þess hvort um misnotkun á markaðsráðandi stöðu hafi verið að ræða eða ekki, né heldur þarf stöðuröskun að hafa verið sérlega umfangsmikil til þess að ákvæðið geti átt við. Ljóst er, að áfrýjandi í máli þessu hefur markaðsráðandi stöðu hvað varðar framleiðslu og sölu á undanrennudufti 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.

Af hálfu Samkeppniseftirlits hefur verið skýrlega leitt í ljós, að áfrýjandi hafi krafði fyrirtækin Mjólku (þ.e. hinn upphaflega kvartanda) og Ostahúsið um mismunandi verð, er þau keyptu af honum undanrennuduft, sbr. reikninga dags. 7. október 2005. Var verðið til Ostahússins ekki leiðrétt til hækkunar en gefinn út reikningur á hækkuðu verði hinn 14. október 2005 og þá ekki að frumkvæði áfrýjanda heldur þá fyrst eftir að erindi þess efnis hafði borist honum frá Mjólku. Fer því ekki á milli mála, að mati áfrýjunarnefndar samkeppnismála, að umræddum viðskiptaaðilum áfrýjanda hafi verið “mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum,” (í skilningi c liðar 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga), á þeim tíma er hér um ræðir, þótt mismununin varaði að vísu í stuttan tíma. Af þessu leiddi tímabundna skerðingu á samkeppnisstöðu umræddra viðskiptaaðila, í merkingu umgetins ákvæðis samkeppnislaga.

Með vísun til þess, sem hér hefur verið sagt, sem og að öðru leyti til röksemda Samkeppniseftirlitsins fyrir hinni kærðu ákvörðun, ber að staðfesta hana.

Úrskurðarorð:

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 39/2006 er staðfest.

Reykjavík, 13. desember 2006

Páll Sigurðsson

Anna Kr. Traustadóttir

Erla S. Árnadóttir