

Úrskurður

áfrýjunarnefndar samkeppnismála

í máli nr. 8/2008

Fiskmarkaður Íslands hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I.

Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með bréfi, dagsettu 19. maí 2008, hefur Fiskmarkaður Íslands hf. kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 27/2008, frá 23. apríl 2008. Í hinni kærðu ákvörðun komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, með því að gera það að skilyrði fyrir kaupum á fiski að önnur þjónusta væri jafnframt keypt. Var áfrýjanda gert að greiða krónur 10.000.000 í stjórnvaldssekt.

Af hálfu áfrýjanda er þess aðallega krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Til vara er þess krafist að álögð stjórnvaldssekt verði lækkuð verulega.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II.

Helstu málavextir

Hinn 6. mars 2006 barst Samkeppniseftirlitinu erindi Frostfisks ehf., þar sem kvartað var yfir viðskiptaháttum hjá Íslandsmarkaði hf. (nú Reiknistofa fiskmarkaða hf.), Fiskmarkaði Íslands hf. (áfrýjanda), Fiskmarkaði Suðurnesja hf. og Fiskmarkaði Vestmannaeyja hf. Í erindinu kom fram að kvartandi starfrækti fiskvinnslufyrirtæki sem keypti allt hráefni á fiskmörkuðum. Uppboðsmarkaðurinn Íslandsmarkaður hf. ræki uppboðsvefinn Fisknet og hefði milligöngu um fiskviðskipti fyrir alla starfandi fiskmarkaði landsins, sem seldu allar sínar afurðir í gegnum uppboðsvefinn og því stæðu fiskkaupendum ekki aðrar leiðir til boða við kaup á fiski. Íslandsmarkaður hf. væri í eigu áfrýjanda, Fiskmarkaðar Suðurnesja og Fiskmarkaðar Vestmannaeyja. Flestir fiskmarkaðir gerðu það að skilyrði fyrir kaupum á fiski að önnur tengd þjónusta væri jafnframt keypt af þeim, svo sem slæging fisks, flokkun og flutningur. Kvartandi kysi hins vegar að inna þessi verk af hendi sjálfur eða kaupa þá þjónustu af öðrum aðilum. Hann hafi hvorki óskað eftir þessari þjónustu fiskmarkaða né haft þörf fyrir hana. Íslandsmarkaður hf. annist uppgjör vegna allra viðskipta sem fram færu á uppboðsvefnum og gerði kröfu um að kaupendur afhentu bankaábyrgð áður en af viðskiptum gæti orðið. Þeir kaupendur sem teldu sér ekki skylt að greiða fyrir þessa aukaþjónustu fiskmarkaðanna ættu það á hættu að reikningsfjárhæðin yrði skuldfærð af bankaábyrgð þeirra hjá Íslandsmarkaði hf. eða þeir settir á valista og þar með útilokaðir frá uppboðsvefnum. Útilokun frá uppboðsvefnum jafngildi útilokun frá fiskverslun á Íslandi og leiði til stöðvunar á starfsemi kvartanda. Taldi kvartandi háttsemi fiskmarkaðanna brjóta í bága við 10. og 11. gr. samkeppnislaga.

Erindi Frostfisks ehf. var sent framangreindum félögum til umsagnar. Þá var erindið og athugasemdir félaganna sendar sjávarútvegsráðuneytinu til umsagnar. Hinn 28. febrúar 2007 sendi Samkeppniseftirlitið áfrýjanda og Reiknistofu fiskmarkaða hf. andmælaskjal, þar sem komist var að þeirri frumniðurstöðu að félögin hefðu misnotað markaðsráðandi stöðu sína og farið með því gegn 11. gr. samkeppnislaga. Málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins er að öðru leyti lýst í hinni kærðu ákvörðun og vísast til þess er þar segir.

Hinn 23. apríl 2008 tók Samkeppniseftirlitið ákvörðun í málinu. Ákvörðunarorðin eru svohljóðandi:

„Fiskmarkaður Íslands hf. hefur farið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 með þeirri háttsemi sinni sem lýst er í ákvörðun þessari. Með heimild í 37. gr. samkeppnislaga skal Fiskmarkaður Íslands hf. greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 10.000.000 (tíu milljónir króna). Sektin skal greiðast í ríkissjóð eigi síðar en þremur mánuðum eftir dagsetningu þessarar ákvörðunar.

Reiknistofa fiskmarkaða hf. hefur farið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 með þeirri háttsemi sinni sem lýst er í ákvörðun þessari.“

Mál þetta var flutt skriflega fyrir áfrýjunarnefndinni. Greinargerð Samkeppniseftirlitsins barst 4. júní 2008, athugasemdir áfrýjanda 16. júní 2008 og athugasemdir Samkeppniseftirlitsins 20. júní 2008. Þá var Frostfiski ehf. gefinn kostur á að koma á framfæri athugasemdum í málinu en engar bárust.

III.

Helstu sjónarmið málsaðila

Sjónarmið áfrýjanda.

Af hálfu áfrýjanda er byggt á sömu málsástæðum og lagarökum og fram komu af hans hálfu við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins. Hann gerir þó sérstakar athugasemdir við skilgreiningu markaða málsins, við form og efnisskilyrði laga nr. 79/2005, stöðu hans á markaði og meinta misnotkun hans á markaðsráðandi stöðu.

Áfrýjandi telur að sá markaður sem hann starfi á sé annar og mun stærri en Samkeppniseftirlitið byggir á í hinni kærðu ákvörðun. Samkeppniseftirlitið leggi höfuðáherslu á að það sem ráði úrslitum sé sú aðferð sem notuð sé við sölu sjávarafla. Leiði það til þess að sama vara tilheyri sitt hvorum markaðinum. Telur áfrýjandi

aðferðafræði eftirlitsins ekki standast nánari skoðun og leiða til rangrar skilgreiningar á markaði. Sameiginlegt söluaðferðum, sem áfrýjandi telur rétt að kalla söluleiðir, þ.e. gámasala/sigling með afla, bein sala og sala á fiskmörkuðum, sé að sami aðilinn, eigendur aflaheimilda, stjórn framboði. Kaupendur kaupir vöruna eftir þeirri söluleið sem seljendur velji.

Áfrýjandi telur söluaðferð ekki hafa áhrif á framboð eða eftirspurn. Ef seljendur myndu fá hærra verð yfir lengri tíma með beinni sölu, leiddi það sjálfkrafa til þess að framboð og magn á fiskmörkuðum minnkaði og kaupendur og seljendur færðu viðskipti sín yfir í beina sölu eða einhverja aðra söluleið. Starfsemi fiskmarkaða hafi ekki áhrif á framboð og eftirspurn á fiskafli og fiskmarkaðir stjórnir ekki framboði á sjávarafli sem þar er settur í sölu hverju sinni. Söluaðferðin sé aukaatriði en ekki aðalatriði eins og Samkeppniseftirlitið byggir markaðsskilgreiningu sína á.

Áfrýjandi telur að í ákvæðum laga nr. 79/2005 um uppboðsmarkaði sjávarafli sé hvorki að finna efnis- eða formskilyrði sem skipti máli við úrlausn þessa máls. Það eina sem skipti máli sé að í 4. gr. sé kveðið á um að húsnæði og búnaður uppboðsmarkaðar skuli uppfylla ákvæði laga nr. 55/1988 um meðferð, vinnslu og dreifingu sjávarafurða og ákvæði laga nr. 57/1996 um umgengni um nytjastofna sjávar. Hvort tveggja eigi einnig við fullum fetum um aðrar söluleiðir og aðferðir sem seljendur nýti. Lögin leggi skyldur á seljendur og kaupendur og aðra sem komi að söluleiðum sjávarafli að meðhöndla hann með gæði og ferskleika að leiðarljósi, óháð söluleið eða meðhöndlun afla.

Áfrýjandi telur að sú markaðshlutdeild sem Samkeppniseftirlitið leggi til grundvallar sé byggð á röngum forsendum og rangri markaðsskilgreiningu. Sú markaðshlutdeild sem eftirlitið byggir niðurstöðu sína á sé eingöngu fánleg með því að taka út eina söluaðferð/söluleið, sem fái ekki staðist. Telur áfrýjandi að markaðshlutdeild hans geti í mesta lagi verið 14% miðað við tölfræðileg gögn yfir árin 2001-2006.

Áfrýjandi bendir á að engan rökstuðning sé að finna í hinni kærðu ákvörðun fyrir því hvort almennar vísbendingar um markaðsráðandi stöðu eigi við um hann. Einungis komi fram að meint markaðshlutdeild áfrýjanda og staða hans sé hugsanlega sterkari en samkeppnisaðila. Áfrýjandi fellst ekki á þá niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að talsverðar lagalegar hindranir séu til að komast inn á uppboðsmarkað á sjávarafla. Vísar áfrýjandi til þess að samkvæmt upplýsingum frá sjávarútvegsráðuneytinu hafi engum þeirra er sóttu um leyfi á grundvelli 1. mgr. 1. gr. laga nr. 79/2005 um uppboðsmarkað sjávarafla árin 2005 og 2007 verið synjað.

Áfrýjandi mótmælir því að uppboðsskilmálar þeir er málið snúist um byggi á óeðlilegum samkeppnislegum forsendum. Hann bendir á að af ákvörðuninni megi helst ráða að ekki séu aðrir uppboðsskilmálar í boði á uppboðsmörkuðum með sjávarafla en þeir sem deilt sé um í málinu. Eigendur aflaheimilda, seljendur, sem velji að selja afla á uppboðsmarkaði hafi á þeim tíma sem mál þetta varði geta valið um að selja og kaupendur að kaupa á mismunandi uppboðsskilmálum. Valið ráðist af því hvernig seljandi skili afla inn á uppboðsmarkað og hvernig hann telji best fyrir sig að fiskurinn sé boðinn upp.

Áfrýjandi bendir á að eingöngu dagróðrabátar geti nýtt sér þá söluskilmála sem um sé deilt í málinu („+slæging og flokkun“) en það séu einu bátarnir sem landa megi óslægðum afla beint inn á fiskmarkaði til kaups samkvæmt reglugerð nr. 644/2006. Aðrir verða að slægja afla um borð og koma með hann slægðan að landi.

Áfrýjandi telur sig hafa sýnt fram á að skilmálarnir sem um sé deilt í málinu tryggja seljanda sjávarafla hæsta verð fyrir aflann og séu tilkomnir vegna kröfu seljanda. Það sé þess vegna seljandi aflans, sem velji skilmálana, en ekki uppboðsmarkaðurinn, eins og Samkeppniseftirlitið haldi fram. Áfrýjandi mótmælir því að hann hafi gert það að skilyrði að tvinnuð væri saman sölu á fiski og slægingu á vegum félagsins.

Áfrýjandi telur Samkeppniseftirlitið leggja aðra merkingu í gögn málsins en efni standa til. Ályktanir sem eftirlitið dragi standist ekki nánari skoðun. Áfrýjandi hafi ekki verið með neina slægingarþjónustu árið 2005. Áfrýjandi hafi neyðst til þess að taka að sér

slægingarþjónustu í febrúar 2006 eftir að sá aðili sem hafði veitt slægingarþjónustu hafi orðið gjaldþrota. Það hafi verið gert að kröfu viðskiptavina uppboðsmarkaða til að missa ekki viðskiptin annað, en slægingin hafi orðið honum fjárhagsleg byrði og rekin með tapi.

Áfrýjandi mótmælir þeirri fullyrðingu Samkeppniseftirlitsins að breyting á reglugerð nr. 646/2007 um uppboðsmarkaði sjávarafla styðji það að misnotkun felist í þeirri háttsemi áfrýjanda að láta kaupanda greiða fyrir slægingu eftir að fiskurinn sé seldur. Einungis komi fram í reglugerðinni að kaupandi eigi að greiða fyrir þá verkun fisksins sem hann óski eftir og að kaupandi beri kostnað af frekari meðhöndlun fisksins óski hann eftir slíkri meðhöndlun. Setning reglugerðarinnar sýni hins vegar að laga- og regluumhverfi uppboðsmarkaða fyrir sjávarafla hafi verið óskýrt. Þá staðfesti hún að það sé seljendur sem ákveði á hvaða skilmálum afli sé seldur, ekki uppboðsmarkaðir.

Til stuðnings varakröfu sinni um lækkun sekta byggir áfrýjandi á öllum sömu málsástæðum og að framan eru raktar og því sem fram komi í svörum hans við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins.

Sjónarmið Samkeppniseftirlitsins

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er því fram haldið að áfrýjandi horfi um of á markaðinn út frá seljendahliðinni. Líta beri til þess að við skilgreiningu markaða í samkeppnisrétti sé almennt séð mikilvægast að horfa á markaðinn út frá eftirspurnarhliðinni og meta þannig frá sjónarhóli kaupandans hvort vara eða þjónusta geti komið í stað annarra. Hvað varði sölu á sjávarafla sé ljóst að þegar horft sé á markaðinn frá sjónarhóli kaupenda sé ekki um staðgöngu að ræða milli þeirrar þjónustu sem annars vegar fiskmarkaðir veiti og hins vegar útgerðir sem selji afla sinn beint til kaupenda.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á sjónarmið áfrýjanda að markaðshlutdeild hans sé 14%. Vísar eftirlitið um þetta atriði til umfjöllunar í hinni kærðu ákvörðun. Áfrýjandi hafi ekki gert efnislegar athugasemdir við þá útreikninga sem liggja að baki hlutdeildartölum sem þar komi fram. Markaðshlutdeild áfrýjanda sýni að hann hafi sterka stöðu á markaðnum. Þá sé

áfrýjandi með rúmlega tvöfalda hlutdeild á við helsta keppinaut sinn, Fiskmarkað Suðurnesja hf.

Hvað varðar fullyrðingar áfrýjanda þess efnis að ákvæði 1. mgr. 1. gr. laga nr. 79/2005 um uppboðsmarkað sjávar afla, sbr. og 4. gr. reglugerðar nr. 646/2007, feli ekki í sér aðgangshindrun að markaðnum, bendir Samkeppniseftirlitið á að í samkeppnisrétti sé litið á það sem aðgangshindrun ef fyrirtæki þurfi sérstakt leyfi stjórnvalda til að hefja starfsemi á tilteknu sviði. Skipti ekki meginmáli hvort slíkum ákvæðum hafi verið beitt til að takmarka aðgengi nýrra keppinauta heldur hvort sá möguleiki sé fyrir hendi. Vegna tilvísunar áfrýjanda til þess að engum þeirra aðila sem hafi sótt um leyfi til reksturs fiskmarkaðar á árunum 2005 og 2007 hafi verið synjað um slíkt leyfi bendir eftirlitið á að samkvæmt upplýsingum frá sjávarútvegsráðuneytinu hafi aðeins einum aðila verið veitt leyfi til reksturs á nýjum fiskmarkaði. Hjá öðrum aðilum sé því aðeins um að ræða endurnýjun á eldri leyfum.

Samkeppniseftirlitið vísar til niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar hvað varðar misnotkun áfrýjanda á markaðsráðandi stöðu. Vegna tilvísunar áfrýjanda til þess að seljendur fisks geti valið úr fjölmörgum söluskilmálum bendir eftirlitið á að í máli þessu hafi viðskiptavinur áfrýjanda kvartað yfir þeirri háttsemi hans að tvinna saman sölu á fiski og slægingu. Það að aðrir skilmálar kunni að hafa verið fyrir hendi hjá áfrýjanda breyti engu. Þá verði ekki séð hverju það breyti að aðeins dagróðrabátar megi landa óslægðum afla beint inn á fiskmarkað. Það sé ekki skilyrði fyrir broti á 11. gr. samkeppnislaga að háttsemin nái til allrar vöru eða þjónustu markaðsráðandi fyrirtækis.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í hinn kærðu ákvörðun sé gerð grein fyrir ýmsum gögnum sem stafi frá áfrýjanda. Efni og orðalag þessara gagna sé skýrt en þar komi fram að áfrýjandi hafi sett það að skilyrði að fiskur sem sé seldur óslægður sé slægður á kostnað kaupanda og áfrýjandi noti hugtakið „skylduslæging“ sem skýri sig sjálf. Viðtöl Samkeppniseftirlitsins við aðila sem hafi þekkingu á þessu sviði hafi staðfest þetta.

Hvað varðar þá fullyrðingu áfrýjanda að setning reglugerðar sjávarútvegsráðuneytisins nr. 646/2007 sýni að lagaumhverfi uppboðsmarkaða fyrir sjávarafli hafi verið óskýrt bendir Samkeppniseftirlitið á að það hafi sent erindi kvartanda, Frostfisks ehf., til sjávarútvegsráðuneytisins til umsagnar. Í umsögn ráðuneytisins hafi almennt verið tekið undir umkvörtunarefni fyrirtækisins og sagt að til greina kæmi að taka á þessu í væntanlegri reglugerð. Fram komi með skýrum hætti í 19. gr. að það sé kaupandans að ákveða hvort hann óski eftir viðbótarþjónustu eins og slægingu.

Samkeppniseftirlitið telur að álögð sekt hafi verið hæfileg og vísar til hinnar kærðu ákvörðunar hvað varðar sjónarmið um fjárhæð sektar.

IV.

Niðurstaða

1

Mál þetta snýst um viðskiptahætti Fiskmarkaðar Íslands hf. en máli þessu var hrundið af stað með kvörtun Frostfisks ehf. frá 6. mars 2006.

Kvartandi hefur haldið því fram að áfrýjandi geri að skilyrði fyrir kaupum á fiski að önnur tengd þjónusta sé jafnframt keypt af honum, þ.e. hér slæging fisks. Kvartandi kjósi hins vegar að inna þessi verk af hendi sjálfur eða kaupa þá þjónustu af öðrum aðilum. Hann hafi hvorki óskað eftir þessari þjónustu fiskmarkaða né hafi hann þörf fyrir hana. Reiknistofa fiskmarkaða ehf. annist uppgjör vegna allra viðskipta sem fram fari á uppboðsvefnum og geri kröfu um að kaupendur afhendi bankaábyrgð áður en af viðskiptum geti orðið. Þeir kaupendur sem telji sér ekki skylt að greiða fyrir þessa aukaþjónustu fiskmarkaðanna eigi á hættu að reikningsfjárhæðin verði skuldfærð af bankaábyrgð þeirra hjá Reiknistofu fiskmarkaða eða þeir settir á válista og þar með útilokaðir frá uppboðsvefnum. Útilokun frá uppboðsvefnum jafngildi útilokun frá fiskverslun á Íslandi og slíkt myndi leiða til stöðvunar á starfsemi kvartanda.

Samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga er markaður sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Hugtakið staðganga skírskotar til vöru eða þjónustu sem að fullu eða að verulegu leyti getur komið í stað annarrar vöru eða þjónustu. Samkvæmt þessu er markaðurinn skilgreindur með tvennum hætti, þ.e. annars vegar með tilliti til þeirrar vöru eða þjónustu sem um er að ræða og hins vegar með tilliti til þess markaðssvæðis (landssvæðis) sem til greina kemur. Markaðssvæðið er þá ákvarðað út frá sömu megin sjónarmiðum, þ.e. svæði þar sem samkeppnisskilyrði eru nægjanlega lík til þess að unnt sé að greina þau frá öðrum svæðum í samkeppnislegu tilliti. Í samkeppnisrétti er það viðtekin venja að skilgreina markaðinn út frá sjónarmiði neytenda (hér kaupenda) með hliðsjón af landsvæði og eiginleika vöru eða þjónustu, verði hennar og notkun og eru sem fyrr segir staðgöngusjónarmið þar aðalatriði sem til skoðunar koma.

Samkvæmt þessu er því rétt að skilgreina tiltekinn markað út frá landsvæði og vörum eða þjónustu og staðgönguvörum eða staðgönguþjónustu eins og þessi atriði horfa við út frá sjónarmiði neytenda. Sá markaður sem verður fyrst og fremst fyrir áhrifum eða er líklegur að verða fyrir áhrifum af tiltekinni aðgerð eða aðgerðum markaðsráðandi fyrirtækis út frá þessum sjónarmiðum verður samkvæmt þessu talinn falla undir efnislýsingu 11. gr. samkeppnislaga. Þó er augljóst að skilgreiningar af þessu tagi geta ekki orðið nákvæmar. Því verða þær aðeins notaðar til viðmiðunar og verður svo gert hér.

Eins og rakið er í hinni kærðu ákvörðun snýst deiluefni máls þessa m.a. um hvort sala útgerða á afla beint til vinnslu hér á landi eða í gámum til útlanda annars vegar sé á sama markaði og sala á fiskmörkuðum hins vegar. Ekki er um það ágreiningur í málinu að útgerðir taki ákvarðanir um sölufyrirkomulag á sínum forsendum, einkum eftir því verði

og þeim öðrum viðskiptakjörum sem ætla má að gildi á ólíkum mörkuðum. Ekki verður þó séð að þær ákvarðanir skipti máli fyrir úrslit máls þessa.

Í hinni kærðu ákvörðun er gerð grein fyrir sérkennum þeirra markaða sem hér koma við sögu svo og hvort staðganga kunni að vera á milli þeirra. Er komist að þeirri niðurstöðu að markaðirnir séu ólíkir út frá sjónarmiðum kaupenda. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst á þessar niðurstöður og forsendur þeirra. Hafa ekki verið færð fram rök fyrir því að fiskkaupendum án útgerða standi almennt aðrar leiðir til boða en umræddir fiskmarkaðir við öflun hráefnis. Því er svo við að bæta að aðgerðir áfrýjanda hafa fyrst og fremst áhrif á sölu fisks á fiskmörkuðum en ekki við aðra öflun fiskjar.

4

Af hálfu áfrýjanda er því m.a. haldið fram að mál þetta varði uppboðsskilmála sem eingöngu sé notaðir fyrir dagróðrabáta sem aðeins séu lítill hluti selds magns á fiskmörkuðum. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að þetta atriði hafi engin áhrif á þá markaðsskilgreiningu sem að framan er lýst. Sama gildir um þá röksemd að ákvæði vigtunarreglugerðar hafi áhrif á framboð og eftirspurn, skipulag og framkvæmd á uppboðsmörkuðum með sjávaraflla. Ennfremur skiptir engu máli við framangreinda skilgreiningu þótt fiskmarkaðir kunni að keppa um hráefni við beina sölu og gámasiglingar. Þá verður ekki séð að máli skipti hvort vara sé seld fyrir eigin reikning eða í umboði fyrir annan aðila. Loks verður ekki fallist á það að lög nr. 79/2005 um uppboðsmarkað sjávaraflla skipti ekki máli við umrædda markaðsskilgreiningu. Þar koma fram bæði form- og efniskilyrði sem aðrir markaðir þurfa ekki að fullnægja og skapa uppboðsmörkuðum því sérstöðu.

Niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar er því sú að markaðurinn að því er varðar áfrýjanda í máli þessu sé sala óunnins fisks á fiskmörkuðum. Þá er og fallist á röksemdir og niðurstöður í hinni kærðu ákvörðun í kafla III.2.2. um landfræðilega markaði í máli þessu.

Markaðsráðandi staða er 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, sbr. 4. gr. samkeppnislaga. Þegar metið er hvort tiltekið fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu skiptir mestu máli að huga að markaðshlutdeild þess á þeim markaði sem hefur verið skilgreindur og því skipulagi sem ríkir á markaðnum.

Fyrri atriðið, markaðshlutdeildin, er almennt talin fela í sér sterkar vísbendingar um markaðsráðandi stöðu í hefðbundnum samkeppnisrétti, þ.e. úrlausn þess er þýðingarmikið atriði um hvort tiltekið fyrirtæki teljist vera í markaðsráðandi stöðu. Það leiðir síðan af eðli málsins að því hærrí sem markaðshlutdeildin er því sterkari vísbendingu gefur hún um markaðsráðandi stöðu. Hafa ber í huga að fyrirtæki geta einnig verið í markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir að hafa lægri hlutdeild en 50% á viðkomandi markaði, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/1999, *Landssími Íslands hf. og Skíma ehf. gegn samkeppnisráði*, þar sem litið var svo á að Landssíminn væri markaðsráðandi á internetmarkaðnum með 37% markaðshlutdeild. Var í því sambandi m.a. einnig horft til styrkrar stöðu Landssímans á tengdum mörkuðum.

Með síðargreindu viðmiðuninni, skipulaginu á markaðinum, er skírskotað til ýmissa ólíkra atriða sem talin eru geta gefið vísbendingu í sömu átt, einkum hvort aðgangur að markaðnum sé auðveldur, hvort viðkomandi fyrirtæki sé almennt öflugt með hliðsjón af fjármagni, tækjum, framboði vöru eða þjónustu og fjölda og styrk keppinauta en fleiri atriði koma þó einnig til skoðunar.

Ákvörðun um hvort fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu hvílir á heildarmati þar sem fyrrgreind atriði koma til skoðunar. Hafa ber þó í huga að há markaðshlutdeild eða mikill styrkleiki að öðru leyti getur því aðeins haft áhrif á stöðu fyrirtækis sem markaðsráðandi að slíkur styrkleiki hafi staðið í það langan tíma að fyrirtæki sé kleift að starfa án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda. Taka ber og fram að

markaðsstyrkleiki einstakra samkeppnisaðila skiptir einnig máli. Síðar verður að því vikið að hvaða marki það atriði kemur hér til skoðunar.

6

Sem fyrr greinir felur há markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis í sér vísbendingu um markaðsráðandi stöðu þó að önnur atriði skipti þar einnig máli. Markaðshlutdeild er að jafnaði ákvörðuð með hliðsjón af tekjum af þeirri þjónustu sem um ræðir. Áfrýjunarnefndin telur einnig eðlilegt að nota slíkt viðmið hér. Í hinni kærðu ákvörðun er komist að þeirri niðurstöðu að markaðshlutdeild áfrýjanda hafi numið 42-46% á árunum 2005- 2006, að næststærsti samkeppnisaðilinn sé með um það bil helmingi minni markaðshlutdeild og að aðrir samkeppnisaðilar séu mun smærri. Þessum niðurstöðum hefur ekki verið mótmælt nema út frá sjónarmiðum um markaðsskilgreiningu. Þær verða því lagðar til grundvallar hér.

7

Sem fyrr var frá greint koma mörg önnur sjónarmið heldur en markaðshlutdeildin til álita þegar það er metið hvort fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu. Eitt þeirra er almennur efnahagslegur styrkur viðkomandi fyrirtækis, einkum fjárhagslegir og aðrir efnahagslegir yfirburðir. Í hinni kærðu ákvörðun er gerð grein fyrir því að samkvæmt ársskýrslum áfrýjanda fyrir árin 2004-2006 hafi afkoma félagsins verið góð. Þannig hafi heildartekjur fyrirtækisins árið 2004 verið 444,5 m.kr. og félagið skilað um 55,5 m.kr. í hagnað eftir skatta. Eigið fé í lok árs 2004 hafi numið rúmlega 292 m.kr. og eiginfjárlutfall verið 62,7%. Heildartekjur ársins 2005 hjá áfrýjanda hafi numið um 436 m.kr. og hagnaður 51 m.kr. Eigið fé í árslok 2005 hafi verið rúmar 329 m.kr. og eiginfjárlutfall um 61%. Þá voru heildartekjur á árinu 2006 taldar nema 587 m.kr. og hagnaður tæpar 69 m.kr. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur rétt að hafa þessa afkomu í huga við ákvörðun um það hvort áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu.

Aðgangur að markaðnum og möguleg samkeppni skipta einnig máli við mat á því hvort fyrirtæki hafi verið í markaðsráðandi stöðu. Hér hefur þýðingu hvaða möguleikar keppinautar eiga til að komast inn á þann markað sem til skoðunar er og skiptir þá ekki máli hvort hindranir eru af lagalegum eða fjárhagslegum toga. Ber að miða við hvort líklegt sé að öflugur keppinautur komi inn á markaðinn sem geti veitt þeim sem fyrir eru umtalsverða samkeppni. Teknar eru til skoðunar þær aðgangshindranir og aðstæður sem ríkja er ætluð brot eiga sér stað.

Tvennt skiptir hér meginmáli að mati áfrýjunarnefndarinnar. Í fyrsta lagi má nefna að áfrýjandi hefur um langt skeið haft verulega markaðshlutdeild á skilgreindum markaði. Í öðru lagi ber ráðherra að meta, við veitingu leyfa til reksturs fiskmarkaða, m.a. hvort þær markaðsaðstæður séu fyrir hendi að rekstrargrundvöllur sé fyrir starfsemi uppboðsmarkaðar á mismunandi markaðssvæðum. Ráðherra er því falið að meta hvort þær markaðsaðstæður séu fyrir hendi að rekstrargrundvöllur sé fyrir starfsemi uppboðsmarkaðar á mismunandi markaðssvæðum. Ennfremur sýna gögn málsins að fá ný leyfi hafa verið gefin út á síðastliðnum þremur árum. Af þessum sökum má fallast á niðurstöður hinnar kærðu ákvörðunar varðandi þennan þátt málsins.

Loks er fallist á umfjöllun í hinni kærðu ákvörðun um sérstakan kaupendastyrk á hinum skilgreinda markaði.

Niðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnismála er því sú að áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreinda markaði.

Samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga er misnotkun á markaðsráðandi stöðu bönnuð. Í 2. mgr. 11. gr. eru talin upp dæmi um misnotkun í þessu sambandi en ljóst er þó af orðalagi ákvæðisins að þarna er ekki um tæmandi talningu að ræða. Ákvæðið í heild er svohljóðandi:

„Misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu er bönnuð.

Misnotkun skv. 1. mgr. getur m.a. falist í því að:

- a. beint eða óbeint sé krafist ósanngjarns kaup- eða söluverðs eða aðrir ósanngjarnir viðskiptaskilmálar settir,*
- b. settar séu takmarkanir á framleiðslu, markaði eða tækniþróun, neytendum til tjóns,*
- c. viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra þannig veikt,*
- d. sett sé það skilyrði fyrir samningagerð að hinir viðsemjendurnir taki á sig viðbótarskuldbindingar sem tengjast ekki efni samninganna, hvorki í eðli sínu né samkvæmt viðskiptavenju.“*

Dæmin sem þarna eru reifuð gefa mikilvæga vísbendingu um efnisinnihald hugtaksins misnotkun. Ekki er þarna að finna nánari skilgreiningu á því hvað teljist misnotkun en nánari leiðbeiningu má þó fá af markmiðsákvæðum samkeppnislaga. Eðlilegt er að skýra þessi ákvæði þannig að sú staðreynd að misnotkun hafi verið beitt af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis sé nægjanleg til að aðferðin teljist ólögmat. Í þessu felst að það er ekki skilyrði fyrir beitingu ákvæðisins að misnotkunin hafi haft tiltekin áhrif eða að ákveðinn skilgreindur tilgangur hafi verið með aðgerðunum.

Í fræðiritum jafnt sem erlendri dómaframkvæmd hefur margt verið ritað um orðasambandið misnotkun markaðsráðandi stöðu og nánari skilgreiningu þess. Er gerð grein fyrir þessu í hinni kærðu ákvörðun svo og í málflutningi áfrýjanda. Slík framkvæmd og umfjöllun verður talin skipta máli við túlkun íslenskra laga að því marki sem sá lagatexti sem byggt er á sé sambærilegur og að teknu tilliti til séreinkenna íslenska markaðarins.

Af 11. gr. samkeppnislaga leiðir 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. 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 keppinauta 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. Misnotkun markaðsráðandi stöðu getur því verið fólgin í því að vinna gegn markmiðum samkeppnislaga ef aðgerð hefur ekki eðlilegar samkeppnislegar forsendur. Samkvæmt þessu er einnig rétt að líta svo á að skyldur markaðsráðandi fyrirtækja geti að öðru jöfnu verið því ríkari þeim mun sterkari sem þau eru á viðkomandi markaði enda má ætla að samkeppni veikist að sama skapi við þær aðstæður. Hafa ber í huga að styrkur samkeppnisaðila skiptir máli þegar mörk leyfilegra aðgerða hins markaðsráðandi fyrirtækis eru metin. Ástæðan er sú að meira þarf að öllum jafnaði til að koma til þess að ryðja sterkum samkeppnisaðila af markaðinum eða veikja hann verulega. Að því er úrlausn þessa máls varðar ber hér sérstaklega að nefna það markmið laganna að vinna gegn samkeppnishömlum.

9

Ein tegund misnotkunar á markaðsráðandi stöðu getur verið svonefnd samtvinnun viðskipta. Hún felur það í sér að kaup á tiltekinni vöru eða þjónustu er skilyrt kaupum á annarri vöru eða þjónustu sem að öllu jöfnu tengist ekki sölu á fyrrnefndu vörunni eða þjónustunni. Það leiðir af úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 11/2000 að samtvinnun viðskipta getur verið óheimil af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis. Þar segir m. a. svo:

„Hegðunin felur það í sér að kaup á tiltekinni vöru eða þjónustu geta ekki átt sér stað nema kaup á annarri vöru eða þjónustu eigi sér jafnframt stað sem að öllu jöfnu tengist ekki sölu á fyrrnefndu vörunni eða þjónustunni. Slík hegðun kann að vera skaðleg ef markaðsráðandi fyrirtæki eða aðili sem er í

einokunarstöðu við sölu á tiltekinni vöru eða þjónustu á í hlut. Þannig getur samvinnun viðskipta t.d. haft skaðleg áhrif á hagsmuni neytenda vegna þess að hún getur leitt til þess að valkostum þeirra fækkar þar eð þeir geta ekki keypt tiltekna þjónustu eða vöru nema þeir jafnframt kaupi aðra þjónustu eða vöru. Jafnframt getur samvinnun með beinum hætti dregið úr samkeppni á tilteknum markaði.“

Hlutverk fiskmarkaða er að vera vettvangur fyrir seljendur og kaupendur fisks til að eiga viðskipti. Viðskiptin fara fram á grundvelli uppboðslýsingar en í uppboðslýsingu kemur m.a. fram hvaða tegund af fiski sé verið að bjóða upp, af hvaða báti hann sé, hvort seljandi selji hann slægðan eða óslægðan, hvaða fiskmarkaður bjóði hann upp, hvernig hann hafi verið geymdur, hversu gamall fiskurinn sé og loks magn hans. Samkeppniseftirlitið heldur því fram að með framkvæmd áfrýjanda sé tvinnað saman sölu á fiski og slægingu hans þannig að kaupandinn eigi ekki möguleika að fá hann óslægðan og slægja hann sjálfur eða kaupa þessa þjónustu af þriðja aðila. Verið sé að tvinna saman óskylda þætti á þann hátt sem fari gegn 11. gr. samkeppnislaga. Áfrýjandi heldur því aftur á móti fram að seljandi ákveði í raun skilmála uppboðsins og þar á meðal þá skilmála að selja fisk óslægðan með svonefndri plús slægingu.

10

Áfrýjandi vísar í kæru sinni á nokkrar leiðir sem fólu í sér ólíka söluskilmála og seljendur sjávarafla gátu valið um er þeir settu afla sinn á uppboðsmarkað. Þeirri útlistun hefur ekki verið mótmælt með rökum. Í töflu 1, leið 4, sem áfrýjandi vísar til í kæru sinni bendir hann m.a. á söluleið sem eingöngu dagróðrabátar gátu nýtt sér á þeim tíma sem hér skiptir máli og varðar þetta mál. Þar segir svo: „*Fiskseljandi kemur með aflann óslægðan og óflokkaðan, lætur flokka hann þar og selur hann + slæging og flokkun.*“

Eins og rakið er í hinni kærðu ákvörðun birti sjávarútvegsráðuneytið þann 2. júlí 2007 reglugerð um uppboðsmarkaði sjávarafla nr. 646/2007 sem tók gildi þann 1. september 2007. Í 20. gr. reglugerðarinnar, þar sem fjallað er um kostnað, segir að seljandi beri allan

kostnað sem falli á aflann fram að sölu, en kaupandi beri áfallinn kostnað eftir sölu. Í 19. gr. reglugerðarinnar, þar sem fjallað er um skil afla til kaupanda, segir að afli skuli afhentur í því ástandi sem hann sé við uppboðið. Óski kaupandi eftir frekari meðhöndlun á því sem keypt sé, svo sem slægingu, umísun, gámun eða geymslu, skuli hann tafarlaust tilkynna það viðkomandi fiskmarkaði. Þá segir að allur slíkur kostnaður skuli greiddur af kaupanda.

11

Í kafla III.4.2.1. í hinni kærðu ákvörðun eru rakin nokkur gögn um að áfrýjandi tvinni saman slægingu og sölu á fiski. Í bréfi FÍ til Samkeppniseftirlitsins, dags. 22. maí 2006 segir m.a.:

„Fiskmarkaður Íslands hf. hefur sett það að skilyrði að fiskur sem er seldur óslægður sé slægður á kostnað kaupanda skv. gjaldskrá en engin skilyrði hafa verið um akstur á fiski. Önnur og óskyld fyrirtæki hafa annast slæginguna og hefur Fiskmarkaður Íslands hf. ekki þegið greiðslu fyrir þá þjónustu. Rétt er þó að taka það fram að nýverið neyddist Fiskmarkaður Íslands hf. til að hefja rekstur slægingarþjónustu í Snæfellsbæ þar sem sá aðili sem þá þjónustu annaðist varð gjaldþrota.“

Þeim fullyrðingum sem þarna koma fram um að önnur og óskyld fyrirtæki hafa annast slæginguna og að áfrýjandi hafi ekki þegið greiðslu fyrir þá þjónustu hefur ekki verið mótmælt og heldur ekki að nýverið hafi áfrýjandi neyðst til að til að hefja rekstur slægingarþjónustu í Snæfellsbæ af tilteknum ástæðum.

Hins vegar kemur þarna fram að áfrýjandi setti það að skilyrði að fiskur sem er seldur óslægður væri slægður á kostnað kaupanda samkvæmt gjaldskrá. Ekki kemur fram hvenær eða hvers vegna þetta skilyrði var sett.

Skilyrðið var hins vegar dregið til baka með tilkynningu frá 13. desember 2005: Svo segir:

„Ágæti fiskkaupandi.

Að undanfögnu hefur gætt talsverðrar óánægju með + hitt og + þetta á staðulista. Til að koma á móts við óskir viðskiptavina sinna þá hafa forráðamenn Fiskmarkaðar Íslands hf. ákveðið að frá og með mánaðarmótum janúar-febrúar 2006 verði þetta aflagt. Flutningur verður ávallt reiknaður frá þeirri löndunarhöfn sem tilgreind er á staðulista. Jafnframt mun +slæging og flokkun aflögð á óslægðum fiski. Allur óslægður fiskur sem landað er á Snæfellsnesi verður áfram vélflokkður og hækkar afgreiðslugjald á þeim fiski um kr 3 pr kg vegna flokkunargjalds. Hjá þeim sem óska eftir slægingu verður flokkunargjald innifalið í slægingarkostnaði og afgreiðslugjaldið lægra sem því nemur. Vinsamlegast skoðið gjaldskrá vegna slægingar á heimasíðu félagsins.“

Þann 1. febrúar 2006 var síðan birt tilkynning á vefsíðu áfrýjanda þar sem fram kom að vegna „óviðráðanlegra orsaka verður áfram +slæging í Grundarfirði og Stykkishólmi. Þetta á einungis við um þorsk af dagróðrabátum“. Með bréfi áfrýjanda frá 22. maí 2006 fylgdi með afrit af tilkynningu stjórnar hans frá 20. febrúar 2006, sem birt hafði verið viðskiptavinum á heimasíðu félagsins. Þar segir m.a.:

„Á fundi stjórnar Fiskmarkaðs Íslands hf. þann 20. feb 2006, var samþykkt að fiskur sem keyptur er á F.M.Í á Snæfellsnesi verður áfram þannig að þorskur verður slægður og flokkaður og ýsa flokkuð. Þar með var áður gerð samþykkt felld úr gildi, en hún kvað á um að skylduslæging skyldi felld úr gildi.“

Í tilkynningunni eru sett fram ýmis rök fyrir þessari breytingu. Er í því sambandi m.a. vísað til nýtingar húsnæðis og starfsmanna í slægingarþjónustu áfrýjanda og að kostnaðarauki verði fyrir fyrirtækið að slægja ekki fyrir alla viðskiptavinum. Síðan segir í tilkynningunni:

„Kaupendum er bent á að kynna sér gjaldskrá fyrir slægingu og flokkun á heimasíðu félagsins. Jafnframt er kaupendum bent á að um leið og þeir framkvæma kaup í uppboðskerfinu eru þeir samtímis að kaupa þá þjónustu sem að ofan er tilgreind. F.M.Í er eigandi alls innmatar sem fellur til við slægingu.“

Áfrýjunarnefndin telur með hliðsjón af framansögðu óljóst hvers vegna skipulagið um samþættingu ríkti á umræddum markaði á árunum 2005 og fyrr einkum vegna þess að aðrir hafi annast slæginguna og að áfrýjandi hafi ekki tekið greiðslu fyrir þá þjónustu. Hins vegar er ljóst að frá og með 1. febrúar 2006 kom fram krafa frá áfrýjanda um að fiskur væri slægður á kostnað kaupenda og að ástæða þess hafi fyrst og fremst verið hagsmunir hans sjálfs.

Í samræmi við fyrrgreind sjónarmið sem rakin eru í kafla 9 telur áfrýjunarnefnd samkeppnismála að samvinnunin hafi falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

12

Þann 1. júlí 2005 tóku gildi ný samkeppnislög nr. 44/2005. Með lögum nr. 52/2007 voru gerðar tilteknar breytingar á 37. gr. samkeppnislaga. Rétt þykir að fjalla hér um 37. gr. eins og ákvæðið var orðað fyrir gildistöku laga nr. 52/2007.

Ákvæði 37. gr. samkeppnislaga var svohljóðandi um viðurlög:

„Samkeppniseftirlitið leggur stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja sem brjóta gegn 53. og 54. gr. EES-samningsins eða bannákvæðum laga þessara eða ákvörðunum sem teknar hafa verið samkvæmt þeim, sbr. IV. og V. kafla laga þessara, nema brotið teljist óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni. Við ákvörðun sekta skal hafa hliðsjón af eðli og umfangi samkeppnishamla og hvað þær hafa staðið lengi. Sektirnar renna til

rikissjóðs.

Sektir geta numið frá 50 þús. kr. til 40 millj. kr. eða meira, en sektin skal þó ekki vera hærrí en sem nemur 10% af veltu síðasta almanaksárs hjá hverju því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að samkeppnishömlunum. Við ákvörðun fjárhæðar sektar getur Samkeppniseftirlitið m.a. haft hliðsjón af samstarfsvilja hins brotlega fyrirtækis“

Tilgangur ákvæðis 37. gr. laganna er sá að skapa varnaðaráhrif og stuðla þannig að því að ákvæðum samkeppnislaga sé fylgt. Meginreglan er að stjórnvaldsektir skuli lagðar á ef brot á bannreglum laganna hafa átt sér stað.

Við ákvörðun sekta ber skv. 1. mgr. 37. gr. laganna að hafa hliðsjón af eðli og umfangi samkeppnishamla og hvað þær hafa staðið lengi. Grunnfjárhæðin getur síðan tekið breytingum eftir því hvort aðrir þættir málsins skuli hafa íþyngjandi eða ívilnandi áhrif. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2002 er tekið fram að hér sé ekki um að ræða tæmandi talningu á þeim atriðum sem horfa má til við álagningu sekta. Einnig megi t.d. líta til stærðar fyrirtækja sem teljist brotleg, huglægrar afstöðu stjórnenda, hagnaðarsjónarmiða og eldri brota á samkeppnislögum.

Fyrir liggur að áfrýjandi hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína með þeirri háttsemi sinni að tvíanna saman kaup á fiski og slægingu eins og nánar er gerð grein fyrir hér að framan. Fer brot hans gegn 11. gr. samkeppnislaga. Háttsemi áfrýjanda raskaði samkeppni á uppboðsmarkaði fyrir fiskafurðir. Þá hafði háttsemi hans einnig samkeppnishamlandi áhrif á markað fyrir slægingu þar sem sá fiskur sem var með formerkinu +slæging var slægður í slægingarþjónustu áfrýjanda.

Áfrýjunarnefndin metur brot áfrýjanda með hliðsjón af því sem fram kemur í kafla 11 í úrskurði þessum og öðru því sem rakið í lið 5 í III. kafla hinnar kærðu ákvörðunar. Þykja sektir hæfilegar 7 milljónir króna. Skal sektin greiddast í ríkissjóð innan tveggja mánaða frá birtingu úrskurðar þessa.

Niðurstaða málsins er sú að ákvörðunarorð hinnar áfrýjuðu ákvörðunar er staðfest að öðru leyti en því að áfrýjandi skal greiða kr. 7.000.000 í sekt í ríkissjóð innan tveggja mánaðar frá birtingu úrskurðar þessa.

Málinu hefur ekki verið áfrýjað af hálfu Reiknistofu fiskmarkaða hf. og eru ákvörðunarorð hinnar kærðu ákvörðunar því óröskuð að því leyti.

Úrskurðarorð

Fiskmarkaður Íslands hf. hefur brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 með þeirri háttsemi sem lýst er í úrskurði þessum. Með heimild í 37. gr. samkeppnislaga skal Fiskmarkaður Íslands hf. greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 7.000.000 (sjö milljónir króna). Sektin skal greiddast í ríkissjóð innan tveggja mánaða frá birtingu úrskurðar þessa.

Reykjavík, 2. júlí 2008

Stefán Már Stefánsson

Anna Kristín Traustadóttir

Erla S. Árnadóttir