



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Föstudagur, 21. maí, 2010

Ákvörðun nr. 17/2010

Rannsókn Samkeppniseftirlitsins á meintri misnotkun Mjólkursamsölnunnar ehf. á markaðsráðandi stöðu

I.

Málsatvik og málsmeðferð

Í júnímánuði 2007 ákvað Samkeppniseftirlitið í kjölfar upplýsinga og ábendinga frá Mjólku ehf. að hefja formlega rannsókn á meintri misnotkun Mjólkursamsölnunnar ehf., Osta- og smjörölnunnar sf. og Auðhumlu svf. (hér eftir nefnt einu nafni MS) á markaðnum fyrir framleiðslu, dreifingu og sölu á mjólkurafurðum. Samkeppniseftirlitið tók í framhaldinu ákvörðun um að nýta heimild samkvæmt 20. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 til að gera nauðsynlegar athuganir á starfsstað MS og leggja hald á gögn þar sem mat Samkeppniseftirlitsins á þeim ábendingum og upplýsingum sem aflað var gáfu ríkar ástæður til að ætla að brotið hefði verið gegn samkeppnislögum.

Með úrskurði Héraðsdóms Reykjavíkur, uppkveðnum þann 4. júní 2007, var Samkeppniseftirlitinu veitt heimild til að leita í húsakynnum MS og leggja þar hald á muni. Þann 5. júní s.á. framkvæmdi Samkeppniseftirlitið húsleitina, þar sem hald var lagt á fjölda skjala og afrit tekin af tölvutækum gögnum nokkurra starfsmanna.

1.

Krafa MS vegna ætlaðs vanhæfis

Þann 15. júní 2007 barst Samkeppniseftirlitinu krafa frá lögmannsstofunni Lex f.h. MS þess efnis að starfsmenn Samkeppniseftirlitsins bæru að víkja sæti við meðferð máls vegna vanhæfis, sbr. 3. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993.

Með bréfi Samkeppniseftirlitsins til Lex f.h. MS, dags. 22. júní 2007, var tilkynnt að ekki væru forsendur til að verða við kröfu MS um að starfsmenn Samkeppniseftirlitsins víkju sæti við meðferð málsins.

Þann 3. september 2007 lagði MS fram stefnu í Héraðsdóm Reykjavíkur þar sem þess var krafist að viðurkennt yrði með dómi að forstjóra Samkeppniseftirlitsins og öðrum starfsmönnum stofnunarinnar, yrði gert skylt að víkja sæti við meðferð stjórnarsýslumáls þessa.

Þann 18. október 2007 var kveðinn upp dómur Héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. E-5079/2007 þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að forstjóra Samkeppniseftirlitsins væri skylt að víkja sæti við meðferð stjórnarsýslumálsins. Samkeppniseftirlitið ákvað að



áfrýja dómi héraðsdóms. Jafnframt ákvað MS að gagnáfrýja umræddum dómi og láta á það reyna hvort aðrir starfsmenn Samkeppniseftirlitsins en forstjóri þess væru vanhæfir til meðferðar málsins.

Í ljósi framangreinds sendi Samkeppniseftirlitið MS bréf, dags. 21. nóvember 2007, þar sem tilkynnt var að Samkeppniseftirlitið hefði tekið ákvörðun um að fresta allri frekari málsmeðferð í nefndu stjórnáslumáli þar til niðurstaða Hæstaréttar lægi fyrir í áðurnefndu dómsmáli.

Þann 10. apríl 2008 var dómur Hæstaréttar kveðinn upp í máli nr. 558/2007 þar sem Samkeppniseftirlitið var sýknað af kröfu MS. Samkvæmt dómi Hæstaréttar var því hvorki forstjóri Samkeppniseftirlitsins talinn vanhæfur til meðferðar málsins né aðrir starfsmenn Samkeppniseftirlitsins. Í framhaldinu hóf Samkeppniseftirlitið aftur rannsókn stjórnáslumálsins þar sem m.a. fór fram kerfisbundin skoðun á tölvugögnum sem aflað var við húsleitina.

2.

Frekari gagnaöflun

Við rannsókn málsins og í framhaldi af yfirferð þeirra gagna sem hald var lagt á í húsleitinni taldi Samkeppniseftirlitið jafnframt nauðsynlegt að afla frekari gagna og upplýsinga í málinu. Fór sú málsmeðferð fram í mars til október 2009.

Við þessa rannsókn sendi Samkeppniseftirlitið m.a. ítarlega upplýsinga- og gagnaöflunarbeiðni til bæði MS og Mjólku sem og yfir 50 viðskiptavina MS og/eða Mjólku. Var gagnabeiðnin liður í rannsóknarskyldu eftirlitsins til að fá úr því skorið með fullnægjandi hætti hvaða viðskiptakjör MS var að bjóða á markaðnum og hvort þau viðskiptakjör hefðu að einhverju marki farið í bága við ákvæði samkeppnislaga.

II.

Niðurstaða

Í máli þessu þarf að leggja mat á það hvort þau gögn sem aflað hefur verið sýni fram á að MS hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga er misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu bönnuð. Til þess að hegðun fyrirtækis geti fallið undir 11. gr. samkeppnislaga verður fyrirtækið eðli málsins samkvæmt að vera markaðsráðandi. Í því skyni að meta hvort fyrirtæki er markaðsráðandi þarf að skilgreina viðkomandi markað og kanna stöðu einstakra fyrirtækja á honum.

1.

Skilgreining markaðarins

Samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga er markaður sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Hagfræðileg rök leiða til þess að skoða verður viðkomandi markaði út frá að minnsta kosti tveimur sjónarhornum. Annars vegar vöru- eða þjónustumarkaðnum og hins vegar landfræðilega markaðnum. Hafa ber þó í huga að markaðsskilgreiningar í samkeppniserétti geta ekki verið nákvæmar og eru aðeins notaðar til viðmiðunar, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 17-18/2003 *Icelandair hf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði*.



Með viðkomandi vöru- eða þjónustumarkaði er átt við markað fyrir allar vörur og þjónustu sem neytendur líta á sem staðkvæmdarvörur eða staðkvæmdarþjónustu í skilningi 4. gr. samkeppnislaga. Staðgönguvara eða –þjónusta er vara eða þjónusta sem að fullu eða verulegu leyti geta komið í stað annarrar vöru eða þjónustu.

Til landfræðilegs markaðar telst það svæði þar sem hlutaðeigandi fyrirtæki eru viðriðin framboð og eftirspurn eftir viðkomandi vöru eða þjónustu, þar sem samkeppnisskilyrði eru nægilega lík og sem unnt er að greina frá nærliggjandi svæðum, einkum vegna þess að samkeppnisskilyrði eru greinilega frábrugðin á þeim svæðum.

Ljóst er að markaði fyrir framleiðslu, dreifingu og heildsölu mjólkurafurða mætti skipta niður í fjölda undirmarkaði eftir atvikum máls hverju sinni, s.s. eftir tegundum mjólkurafurða. Við rannsókn máls þessa hefur Samkeppniseftirlitið einkum beint sjónum sínum að þeim mjólkurafurðum sem framleiddar hafa verið af Mjólku, s.s. fetaosti, sýrðum rjóma, jógúrti, rifnum osti (pizzaosti) o.fl. Fyrirtækið Mjólka hóf starfsemi árið 2005 með framleiðslu á fetaosti í samkeppni við MS. Síðan þá hefur fyrirtækið aukið hlutdeild sína í framleiðslu og heildsölu á ýmsum öðrum mjólkurafurðum í samkeppni við MS. Þá ber að geta þess að innflutningur á mjólkurvörum er mjög takmarkaður, m.a. vegna tollkvóta, og er því markaðurinn einkum bundinn við framleiðslu og heildsölu á Íslandi.

Samkvæmt framansögðu er ljóst að markaðurinn í máli þessu er framleiðsla og heildsala á mjólkurafurðum á Íslandi sem fyrst og fremst hafa verið framleiddar af Mjólku.

2.

Staða MS á markaðnum

Samkvæmt 4. gr. er markaðsráðandi staða 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.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu* kemur fram að við mat á stöðu fyrirtækja á markaði skipti mestu að huga að markaðshlutdeild og því skipulagi sem ríki á markaðnum. Samkvæmt dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 2. febrúar 2010 í máli nr. E-8622/2007 *Icelandair ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu* er það „*meginregla í samkeppnisrétti að fyrirtæki sem er með 50% markaðshlutdeild eða meira á hinum skilgreinda markaði er talið markaðsráðandi, nema skýr sönnunargögn bendi til annars.*“ Skilgreining 4. gr. samkeppnislaga á markaðsráðandi stöðu sækir fyrirmynd sína til EES/EB-samkeppnisréttar og er efnislega samhljóða skilgreiningu dómstóls EB á markaðsráðandi stöðu.¹ Ítrekað hefur komið fram hjá dómstólum EB að mjög há markaðshlutdeild sé, ein og sér, til vitnis um að viðkomandi fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu nema fyrir hendi séu einstakar

¹ Sjá t.d. mál nr. 85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission* [1979] ECR 3451.



kringumstæður sem bendi til annars. Þetta eigi við þegar fyrirtæki hafi 50% markaðshlutdeild.²

Rétt er að hafa í huga að fyrirtæki geta einnig verið í markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir að hafa lægri hlutdeild en 50% á viðkomandi markaði. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008, *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, var fyrirtæki með 42-46% markaðshlutdeild talið markaðsráðandi. Dómstóll EB hefur talið að fyrirtæki sem hafa innan við 40% markaðshlutdeild geti verið í markaðsráðandi stöðu.³ Eins og bent er á í úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 8/2008 getur styrk staða á tengdum eða aðliggjandi mörkuðum haft hér áhrif:

„Hafa ber í huga að fyrirtæki geta einnig verið í markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir að hafa lægri hlutdeild en 50% á viðkomandi markaði, sbr. úrskurður 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 styrktrar stöðu Landssímans á tengdum mörkuðum.“⁴

Með viðmiðinu skipulag á markaðnum er vísað til ýmissa ólíkra atriða sem talin eru geta gefið vísbendingar um markaðsráðandi stöðu, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006 *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Dæmi um þetta er hvort aðgangur að markaðnum sé auðveldur, hvort viðkomandi fyrirtæki sé almennt öflugt með hliðsjón af fjármagni, tækjum og nægilegu framboði af vöru eða þjónustu. Einnig er horft til fjölda og styrks keppnauta auk þess sem fleiri atriði geta komið til skoðunar, sbr. umræddan úrskurð áfrýjunarnefndarinnar.

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 40/2009 *Samruni Kaupfélags Skagfirðinga svf. og Mjólku ehf./Eyjabú ehf.* var fjallað um mjólkurvörumarkaðinn, stöðu fyrirtækja á honum og tengsl MS við Kaupfélag Skagfirðinga svf. (hér eftir KS), í tengslum við kaup KS á Mjólku. Í samrunaskrá samrunaaðila var áætluð markaðshlutdeild aðila á markaði fyrir mjólkurafurðir í heild sinni (framleiðslu- og heildsölumarkaður) þannig að MS væri með 80-85% hlutdeild, KS með 10-15%, Mjólka með 0-5% og aðrir minna. Í ákvörðuninni kom síðan eftirfarandi fram um MS:

„[MS] er „rekstrarfélag mjólkuriðnaðarins á Íslandi“ eins og orðrétt segir á heimasíðu félagsins. Hlutverk fyrirtækisins er að sjá um alla móttöku, framleiðslu, þökkun, markaðssetningu, sölu og dreifingu mjólkurafurða. Hið nýja rekstrarfélag var stofnað í núverandi mynd í árslok 2006 en frá sama tíma gekk Osta- og smjörsalan sf. inn í hið nýja rekstrarfélag. Osta- og smjörsalan var áður markaðs- og sölufyrirtæki í eigu fjögurra lögaðila, sem starfræktu níu

² Sjá hér t.d. dóm undirréttar EB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 *France Télécom v Commission*: „... although the importance of market shares may vary from one market to another, very large shares are in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position (Hoffman-La Roche v Commission, paragraph 80 above, paragraph 41, and Case T-221/95 *Endemol v Commission* [1999] ECR II-1299, paragraph 134). The Court of Justice held in Case C-62/86 *AKZO v Commission* [1991] ECR II-3359, paragraph 60, that this was so in the case of a 50% market share.“

³ Sjá dóm undirréttar EB frá 17. desember 2003 í máli nr. T-219/99 *British Airways plc v Commission*.

⁴ Sjá einnig t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í *Michelin II* málinu, OJ 2002 L143/1.



afurðastöðvar. Það voru Mjólkursamsalan svf. (sem rak sex afurðastöðvar víðsvegar um landið), Norðurmjólk ehf., Mjólkursamlag Ísfirðinga svf. og KS. Tilgangur Osta- og smjörsölunnar var að annast á umboðsgrundvelli sölu og dreifingu á smjöri, osti, mjólkurdufti, og hvers kyns öðrum mjólkurafurðum. Í dag er þetta hlutverk eins og áður greinir í höndum MS."

Í framangreindri ákvörðun var jafnframt vikið að nánum eignar-, stjórnunar- og samráðstengslum MS við KS. Þannig var fjallað um eignartengslið með þeim hætti að eigendur MS væru Auðhumla, með 92,5% eignarhlut og KS með 7,5% hlut. Um stjórnunartengsl MS og KS sagði að kaupfélagsstjóri KS væri jafnframt varaformaður stjórnar MS. Þá hafi kaupfélagsstjóri KS á árinu 2008 tímabundið verið annar tveggja forstjóra MS. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins var jafnframt vikið að 71. gr. laga nr. 99/1993 um framleiðslu, verðlagningu og sölu á búvörum (búvörulög), sem heimilar afurðastöðvum í mjólkuriðnaði að sameinast og hafa með sér samráð að vissu marki þrátt fyrir ákvæði samkeppnislaga. Afleiðing þess ákvæðis búvörulaganna er m.a. sú að í dag er KS hluthafi í MS og kaupfélagsstjóri KS situr í stjórn MS. Aukinheldur var fjallað um það að KS og MS hefðu með sér mjög náið samstarf sem fælist í því að MS dreifði og seldi vörur KS. Fyrirtækin hefðu því nýtt sér heimildir búvörulaga til samráðs sín á milli, sem að öðrum kosti væri ólöglegt samkvæmt samkeppnislögum. Í ljósi þessara nánú tengsla taldi Samkeppniseftirlitið að líta bæri á MS og KS sem einn og sama aðilann í viðskiptalegu tilliti. Samanlögð markaðshlutdeild MS og KS á heildarmarkaði fyrir mjólkurafurðir hefur því verið um og yfir 95% á þeim tíma er samkeppni frá Mjólkunauti við. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins var samruni KS og Mjólkutalinn andstæður markmiðum samkeppnislaga þar sem með samrunanum yrðu öll mjólkursamlög landsins sameinuð undir merkjum MS og KS og færu með nærri 100% markaðshlutdeild. Eins og áður greinir féll samruninn hins vegar ekki undir gildissvið samkeppnislaga vegna ákvæða búvörulaga.

Í ljósi framanritaðs telur Samkeppniseftirlitið blasa við að MS sé og hafi verið í markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreinda markaði á því tímabili sem athugun þessi tekur til, þ.e. frá árinu 2005.

2.

Bann 11. gr. samkeppnislaga

Á fyrirtækjum í markaðsráðandi stöðu hvílir rík skylda til þess að grípa ekki til neinna aðgerða sem raskað geta með óeðlilegum hætti þeirri samkeppni sem ríkir á markaðnum eða misbeita með öðrum hætti stöðu sinni sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 17-18/2003.

Í 11. gr. samkeppnislaga er lagt bann við hvers konar misnotkun fyrirtækis á markaðsráðandi stöðu þess. Túlka ber ákvæðið í tengslum við íslenskt lagaumhverfi og með hliðsjón af markaðsaðstæðum hér á landi. Ákvæðið er byggt á 54. gr. EES-samningsins en af þeim sökum er almennt rétt við túlkun þess að hafa hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/2008 HF. *Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga hljóðar svo:

„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."

Eins og ákvæðið ber með sér er upptalning á því í hverju misnotkun geti verið fólgin ekki tæmandi. Í samkeppnisrétti er talið að misnotkun sé hlutlægt hugtak sem vísar til hegðunar markaðsráðandi fyrirtækis sem er til þess fallin að hafa áhrif á gerð tiltekins markaðar þar sem samkeppni er þegar takmörkuð vegna þess að á markaðnum er fyrir hendi markaðsráðandi fyrirtæki. Hegðunin felst í aðgerðum sem ekki geta talist til eðlilegrar samkeppni (e. *normal competition*) í skilningi samkeppnisréttarins. Í úrskurði áfrýjunarnefnd samkeppnismála í máli nr. 3/2006, *Flugþjónustan á Keflavíkurflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu* segir:

„Verður almennt talið að um misnotkun á markaðsráðandi stöðu sé að ræða þegar fyrirtæki beita aðferðum á tilteknum markaði sem ekki er unnt að samrýma eðlilegri samkeppni og hindra hana eða vöxt hennar. Af framangreindu leiðir að markaðsráðandi fyrirtæki má ekki grípa til neinna aðgerða sem veikt geta keppinauta þess og þar með styrkt markaðsráðandi stöðu sína nema aðgerðirnar helgist af samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu fyrirtækisins.“

Samkvæmt þessu er markaðsráðandi fyrirtæki óheimilt að styrkja stöðu sína á markaði með öðrum aðgerðum en samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu fyrirtækisins (e. *competition on the merits*). Hér má einnig vísa t.d. til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17-18/2003, 4/2007, 3/2008 og dóma dómstóla EB.⁵

Framangreint þýðir óhjákvæmilega að möguleikar markaðsráðandi fyrirtækja til að taka þátt í samkeppni eru takmarkaðri heldur en almennt er heimilt í viðskiptum. Hugtakið eðlileg samkeppni í framangreindum skilningi hefur því þrengri merkingu en sú samkeppni sem fyrirtæki geta stundað sem ekki eru í ráðandi stöðu. Markaðsráðandi fyrirtæki er þannig ekki heimilt að keppa í verði nema sú samkeppni byggist á eðlilegum

⁵ Í dómi undirréttar EB máli nr. T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969 er dómaframkvæmdin að þessu leyti dregin saman með eftirfarandi hætti: „*The case-law shows that an 'abuse is an objective concept referring to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is already weakened and which, through recourse to methods different from those governing normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition ... It follows that Article 86 of the Treaty prohibits a dominant undertaking from eliminating a competitor and thereby reinforcing its position by having recourse to means other than those within the scope of competition on the merits. From that point of view, not all competition on price can be regarded as legitimate ... The prohibition laid down in Article 86 is also justified by the consideration that harm should not be caused to consumers.*”



efnahagslegum grunni. Það getur því verið ólögmaett fyrir markaðsráðandi fyrirtæki að grípa til ráðstafana sem almennt þykja sjálfsagðar á samkeppnismarkaði, eins og t.d. að bjóða viðskiptavinum smærri keppinautar lægra verð. Þessi regla helgast af þeirri ríku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum.

Í hinni ríku skyldu sem hvílir í samkeppnisrétti á markaðsráðandi fyrirtækjum felst að þau mega ekki grípa til neinna ráðstafana sem raskað geta með óeðlilegum hætti þeirri samkeppni sem ríkir á markaðnum eða misbeita með öðrum hætti stöðu sinni, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17–18/2003.⁶ Þessi sérstaka skylda helgast m.a. af þeirri staðreynd að samkeppni á viðkomandi markaði er þegar mjög takmörkuð vegna tilvistar hins markaðsráðandi fyrirtækis. Sökum efnahagslegs styrks markaðsráðandi fyrirtækja geta tilteknar aðgerðir þeirra haft skaðleg áhrif á samkeppni og hagsmuni viðskiptavina og neytenda. Umfang hinnar sérstöku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum um að raska ekki samkeppni ræðst af atvikum í hverju máli fyrir sig.⁷ Við nánari skilgreiningu á umræddri skyldu ber að líta til ákvæðis 1. gr. samkeppnislaga en samkvæmt því skal markmiði laganna náð með því m.a. að vinna gegn skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum og að auðvelda nýjum keppinautum aðgengi að markaðnum. Þá ber að horfa til þess að skyldur markaðsráðandi fyrirtækja geta að öðru jöfnu verið því ríkari þeim mun sterkari sem staða þeirra á markaðnum er, sbr. nefndan úrskurð áfrýjunarnefndar. Af þessari skyldu leiðir að markaðsráðandi fyrirtæki geta brotið 11. gr. samkeppnislaga með aðgerðum sem einar og sér fela ekki í sér misnotkun, t.d. gerð samninga.⁸

Samkvæmt t.d. úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2007, *Icelandair ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, verður að skýra 11. gr. samkeppnislaga þannig „...að sú staðreynd að misnotkun hafi verið beitt af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis sé nægjanleg til að aðferðin teljist ólögmaet.“ Í þessu felst að það er ekki skilyrði fyrir beitingu ákvæðisins að misnotkun hafi tiltekin áhrif eða að ákveðin skilgreindur tilgangur hafi verið með aðgerðunum. Samkvæmt þessu er brot á 11. gr. ekki háð því að sýnt sé fram á skaðleg áhrif á samkeppni eða ásetning til þess að raska samkeppni.

Ljóst er að markaðsráðandi fyrirtækjum er heimilt að mæta samkeppni af afli, með hliðsjón af hagrænum aðstæðum hverju sinni, og ná skyldur markaðsráðandi fyrirtækja ekki til þess að hlífa fyrirtækjum á viðkomandi markaði sem ekki geta staðist eðlilega samkeppni, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndarinnar í málum nr. 17-18/2003. Markaðsráðandi fyrirtæki er t.d. að ákveðnu marki heimilt að bregðast við og verja viðskiptahagsmuni sína þegar á þá er ráðist, sbr. m.a. umfjöllun í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 9/2006 *Misnotkun Flugþjónustunnar á Keflavíkurflugvelli ehf. á markaðsráðandi stöðu sinni*.⁹ Er þetta oft nefnt að markaðsráðandi fyrirtæki sé heimilt að

⁶ Sjá einnig t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 322/81 *Michelin v. Commission* [1983] ECR 3461.

⁷ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. C-333/94P, *Tetra Pak v. Commission* [1996] ECR I-5951.

⁸ Sjá hér t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-111/96 *ITT Promedia NV. v Commission* [1998] ECR II-2937: „It follows from the nature of the obligations imposed by Article 86 [nú 82. gr.] of the Treaty that, in specific circumstances, undertakings in a dominant position may be deprived of the right to adopt a course of conduct or take measures which are not in themselves abuses and which would even be unobjectionable if adopted or taken by non-dominant undertakings ... Thus, the conclusion of a contract or the acquisition of a right may amount to abuse for the purposes of Article 86 of the Treaty if that contract is concluded or that right is acquired by an undertaking in a dominant position.“

⁹ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207.



mæta samkeppni til þess að verja viðskiptalega hagsmuni sína ef á þá er gerð atlaða. Þannig er markaðsráðandi fyrirtæki með vissum hætti heimilt að mæta samkeppni í þeim tilvikum er keppinautur snýr sér til viðskiptavina þess og bíður þeim hagstætt verð. Getur þetta leitt til þess að aðgerð markaðsráðandi fyrirtækis sem ella teldist misnotkun á slíkri stöðu er álitin lögmæt viðbrögð við samkeppni. Slík varnarviðbrögð verða hins vegar að byggjast á efnahagslegri frammistöðu fyrirtækisins og vera í samræmi við hagsmuni neytenda.¹⁰ Slík viðbrögð verða einnig að vera í samræmi við meðalhóf og hafa verður hliðsjón af efnahagslegum styrk viðkomandi fyrirtækja.¹¹ Taka verður hins vegar skýrt fram að þessi heimild til að mæta samkeppni nær aðeins til varnaraðgerða og á ekki við ef raunverulegur tilgangur aðgerða er að styrkja markaðsráðandi stöðu og misnota hana.¹²

3.

Aðgerðir MS

Eins og að ofan er rakið hefur Samkeppniseftirlitið rannsakað hugsanleg brot MS á 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Að mati Samkeppniseftirlitsins gefa þau gögn sem aflað hefur verið í máli þessu ekki til kynna að brotið hafi verið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Að mati Samkeppniseftirlitsins leikur þannig verulegur vafi á því að þeir afslættir og viðskiptakjör sem MS hefur veitt teljist samkeppnishamlandi, miðað við fyrirbyggjandi gögn í málinu. Hafa verður í huga að í einhverjum tilfellum kunna mörkin á milli samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu og samkeppnishamlandi hegðunar að vera óljós. Gögn málsins gefa þannig ekki til kynna að MS hafi með kerfisbundnum og skipulögðum aðgerðum reynt að útiloka keppinaut frá markaðnum.

Gögn málsins bera hins vegar með sér að innkoma Mjólku á markaðinn hafi veitt MS umtalsvert og nauðsynlegt aðhald á markaði enda er í ljós leitt að MS mætti nýjum keppinaut af afli. Samkeppnin bætti kjör bæði neytenda og bænda á markaði.

Af gögnum málsins verður ekki ráðið að tilgangur þeirra fjölmörgu tilboða sem MS hefur boðið á hinum ýmsu framleiðsluvörum, bæði á samkeppnisvörum sem öðrum vörum, hafi verið að þröngva Mjólku út af markaði. Þannig er ekki í ljós leitt að viðbrögð MS við samkeppni Mjólku hafi að þessu leyti verið óhófleg í skilningi samkeppnisréttar. Hins vegar er ljóst af gögnum málsins að eftir innkomu Mjólku á markaðinn hafi MS brugðist við samkeppninni af festu og m.a. farið í aukna vöruþróun og hagræðingaraðgerðir, sem m.a. skiluðu sér í lægra vöruverði til neytenda. Hin aukna samkeppni sem ríkti á markaðnum á þessum árum, þ.e. frá 2005 til 2009, hafi þannig leitt til aukins vöruúrvals og lægra verðs til neytenda á markaði. Að sama skapi hafi bændur notið góðs af

¹⁰ Sjá dóm undirréttar EB í máli nr. T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969.

¹¹ Sjá dóm dómstóls EB í máli nr. 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207: „Even if the possibility of a counter-attack is acceptable that attack must still be proportionate to the threat taking into account the economic strength of the undertakings confronting each other.“

¹² Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207: „Although it is true ... that the fact that an undertaking is in a dominant position cannot disentitle it from protecting its own commercial interests if they are attacked, and that such an undertaking must be conceded the right to take such responsible steps as it deems appropriate to protect its said interests, such behaviour cannot be countenanced if its actual purpose is to strengthen this dominant position and abuse it.“ Sjá einnig Ritter og Braun, *European Competition Law*, þriðja útgáfa (2004) bls. 418: „... even a dominant firm may take measures of defensive nature based on criteria of economic efficiency, provided it is consistent with the interest of consumers.“



samkeppninni enda hafi mjólkurverð til bænda hækkað í kjölfar aukinnar samkeppni á markaði.¹³

Samkeppniseftirlitið kannaði m.a. sérstaklega hvort MS hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína á rannsóknartímabilinu með skaðlegri undirverðlagningu og afsláttakjörum ýmiskonar, en ábendingar og upplýsingar sem leiddu til rannsóknar Samkeppniseftirlitsins beindust einkum að þessum atriðum. Gögn málsins gefa ekki til kynna MS hafi beitt undirverðlagningu eða sértækum afsláttum á þeim vörum sem til athugunar voru, í því skyni að hindra samkeppni með ólögætum hætti. Framlegðargögn sem aflað var í húsleitinni gefa til kynna að viðkomandi vörur séu mjög framlegðarhár og þurft hefði að veita verulega mikla afslætti til að bjóða þær undir kostnaðarverði. Í þessu samhengi kynnti Samkeppniseftirlitið sér ýmsa auglýsinga- og markaðsstyrki á fjölda vöruflokka, samkeppnisvörum sem öðrum vörum, sem alla jafnan voru veittir gegn góðri framstillingu á vörum og/eða auglýsingum. Jafnvel þótt slíkar greiðslur séu reiknaðar með þeim afsláttum sem MS hefur veitt á framangreindum vörum verður ekki séð að viðkomandi vörur hafi verið seldar undir kostnaðarverði.

Þá verður ekki ráðið af gögnum málsins að MS hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með öðrum hætti, s.s. með gerð einkakaupasamninga eða samkeppnishamlandi verðlagningu að öðru leyti. Í þessu sambandi aflaði Samkeppniseftirlitið m.a. upplýsinga og gagna frá stórum kaupendum/fyrirtækjum á stórnotendamarkaði til að ganga úr skugga um hvort MS hafi nálgast viðkomandi fyrirtæki með samkeppnishamlandi hætti. Þær athuganir breyta ekki þessu mati.

Með hliðsjón af öllu ofanröktu og atvikum máls að öðru leyti er það mat Samkeppniseftirlitsins að ekki sé tilefni til íhlutunar í máli þessu.

III.

Ákvörðunarorð:

„Ekki er ástæða til aðgerða af hálfu Samkeppniseftirlitsins í máli þessu.“

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson

¹³ Um þetta og fleiri atriði er fjallað með ítarlegri hætti í álitum Samkeppniseftirlitsins nr. 1/2006 *Opinberar samkeppnishömlur í mjólkuriðnaði* og nr. 1/2009 *Skaðleg samþjöppun í mjólkuriðnaði og áhrif búvörulaga á samkeppni*.