

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

úrskurður í máli nr. 4/2012

Samskip hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I

KRÖFUR MÁLSADILA

Með kæru, dagsettri 7. september 2012, hefur Samskip hf. (hér eftir nefndur áfrýjandi), kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, frá 10. ágúst 2012, til áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Í hinni kærðu ákvörðun komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að hætta rannsókn á því hvort Eimskip Ísland ehf. (hér eftir Eimskip) hefði með sértækri verðlækkun til tilgreindra viðskiptavina áfrýjanda brotið 11. gr. samkeppnislaga. Einnig að hætta rannsókn á því hvort tilteknir samningar Eimskips við viðskiptavini sína hafi falið í sér einkakaup sem fara gegn 11. gr. samkeppnislaga og að hætta rannsókn á lögmæti þess að ekki liggja fyrir opinber gjaldskrá hjá Eimskip fyrir viðskiptavini fyrirtækisins. Þá tók Samkeppniseftirlitið ákvörðun um að taka ekki til meðferðar viðbótarerindi áfrýjanda frá maí 2011 vegna háttsemi Eimskipa.

Áfrýjandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi og að Samkeppniseftirlitinu verði gert að ljúka rannsókn málsins.

Samkeppniseftirlitið krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II

MÁLMEÐFERÐ HJÁ SAMKEPPNISEFTIRLITINU

Mál þetta varðar kvartanir áfrýjanda til Samkeppniseftirlitsins sem settar voru fram í bréfum dagsettum 7. maí 2008, 25. ágúst 2008, 3. maí 2011 og 18. maí 2011. Þar kvartaði áfrýjandi yfir ætluðum brotum Eimskips á 11. gr. samkeppnislaga.

Samkeppniseftirlitið hóf athugun í málinu í nóvember 2008. Var óskað eftir ítarlegum upplýsingum frá Eimskipum vegna málsins. Svar frá fyrirtækinu barst þann 2. febrúar 2009 og var áfrýjanda gefið tækifæri til andsvara. Áfrýjandi gerði athugasemdir við að trúnaðarupplýsingar hefðu verið felldar úr bréfinu og tók Samkeppniseftirlitið ákvörðun í byrjun maí 2009 að aflétta ætti trúnaði að nánar tilgreindum upplýsingum í bréfi Eimskipa. Var sú ákvörðun kærð til áfrýjunarnefndar samkeppnismála og lá úrskurður í málinu fyrir 6. ágúst 2009. Þann 16. október 2009 móttók Samkeppniseftirlitið uppfært erindi Eimskipa í samræmi við úrskurð áfrýjunarnefndar og var það sent áfrýjanda 20. október s.á. til umsagnar. Umsögn áfrýjanda barst þann 18. nóvember 2009 og svar Eimskips við henni 18. janúar 2010. Síðar á árinu 2010 óskaði Samkeppniseftirlitið eftir frekari upplýsingum frá aðilum m.a. um gjaldskrár. Þann 4. maí 2011 barst Samkeppniseftirlitinu nýtt erindi frá áfrýjanda þar sem óskað var m.a. eftir því að eftirlitið tæki til nánari skoðunar tiltekin afsláttarkjör hjá Eimskipum og hvort verðlagning í þeim grundvallaðist á kostnaðarlegu hagræði. Sambærilegt erindi barst einnig frá áfrýjanda þann 18. maí 2011 þar sem óskað var eftir að gerð yrði almenn athugun á kjörum og jafnræði viðskiptamanna Eimskipa.

Samkeppniseftirlitið sendi áfrýjanda bréf dagsett 13. desember 2011 og greindi frá tögum á málinu vegna anna hjá eftirlitinu. Var áfrýjandi jafnframt upplýstur um að Samkeppniseftirlitið væri að meta hvert framhald málsins ætti að vera og áfrýjanda gefinn kostur á að tjá sig um það og koma að frekari sjónarmiðum eða gögnum. Fram kom að í kjölfar svars áfrýjanda myndi eftirlitið taka nánari afstöðu til meðferðar málsins. Í svarbréfi áfrýjanda dagsettu 4. janúar 2012 kom fram að kvörtunarefnin hefðu þýðingu og að mikilvægt væri að Samkeppniseftirlitið leysti úr þeim sem fyrst. Í bréfi, dagsettu 10. ágúst 2012, var áfrýjanda tikynnt um þá niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að aðhafast ekki frekar í þessu máli.

Um málsatvik að öðru leyti vísast til gagna málsins.

III

MÁLMEÐFERÐ HJÁ ÁFRÝJUNARNEFNDINNI

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins sem svar við kæru áfrýjanda barst 20. september 2012. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðinni bárust 27. september 2012. Samkeppniseftirlitinu var gefið færi á að svara þeim og bárust þau svör 2. október 2012. Svörin voru send áfrýjanda til upplýsingar.

IV

RÖKSEMDIR MÁLSADILA

1. Málsástæður áfrýjanda

Af hálfu áfrýjanda er á því byggt að Samkeppniseftirlitið hafi ekki virt þá rannsóknarskyldu sem á stofnuninni hvíli skv. 10. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Áfrýjandi bendir á að hann hafi kvartað yfir ólögmætum undirboðum Eimskipa, sértækum verðlækkunum, ólögmætum einkakaupasamningum, að fyrirtækið hafi ekki birt gjaldskrá opinberlega og að fyrirtækið veitti magnafslætti, þegar ekkert kostnaðarlegt hagræði væri fyrir slíkum afsláttum.

Áfrýjandi byggir á því að stjórnvaldið hafi lagaskyldu til að rannsaka samkeppnislagaþrot skv. 10. gr. stjórnarsýslulaga og allar lagaheimildir til að upplýsa um brot samkvæmt samkeppnislögum séu hjá Samkeppniseftirlitinu.

Áfrýjandi telur að til þess að hægt sé að komast að niðurstöðu um það hvort að um ólögmæt undirboð hafi verið að ræða þurfi rannsókn a.m.k. að hafa verið lokið á ákveðnum atriðum, þ.e. kostnaðarverði Eimskipa á þeim tíma sem hvert og eitt brotartilvik átti sér stað; samnings- og tilboðsverði Eimskipa til viðskiptamanna og hvort að um skipulega markaðsatlögu hafi verið að ræða sem lækki kostnaðarviðmið vegna undirboða. Áfrýjandi telur að Samkeppniseftirlitið hafi ekki rannsakað þessi atriði.

Þá telur áfrýjandi að til þess að hægt sé að komast að niðurstöðu um það hvort að sértækar verðlækkanir og brot á jafnræðisskyldum Eimskipa hafi átt sér stað verði nokkur atriði að liggja fyrir eins og fram komi í kæru. Áfrýjandi byggir á því að Samkeppniseftirlitið hafi ekki rannsakað þessi atriði.

Áfrýjandi telur að varðandi einkakaupasamninga og tryggðarafslætti virðist sem að Samkeppniseftirlitið hafi fellt niður rannsókn brotanna þegar henni hafi í raun verið lokið og einungis hafi átt eftir að ákveðafjárhæð sektar. Áfrýjandi bendir á að hér sé um að ræða eina málefnið í þessu máli þar sem Samkeppniseftirlitið beri fyrir sig heimildir til forgangsröðunar. Áfrýjandi leggur áherslu á að hér sé um mikilvæga markaði að ræða og að brotin séu alvarleg. Hafi það verið staðfest bæði af Samkeppniseftirlitinu og áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Hann telur að með hliðsjón af tilgangi samkeppnislaga og rannsóknarskyldu stjórnvaldsins beri að beina því til Samkeppniseftirlitsins að ljúka rannsókninni. Annað feli í sér þá niðurstöðu að heimild stjórnvaldsins til forgangsröðunar sé takmarkalaus.

Þá hafnar áfrýjandi því að öll kvörtunatriði hans hafi verið rannsökuð. Vísar hann í þessu sambandi til kvartanna sinna dagsettar 4. og 18. maí 2011.

Áfrýjandi telur að kvörtun hans um að Eimskip birti ekki opinberlega gjaldskrá sína með raunverðum hafi ekki verið rannsökuð af hálfu Samkeppniseftirlitinu. Sé því um brot að ræða á rannsóknarreglu 10. gr. stjórnisýslulaga og bent á að kvörtunin hafi ekki verið felld niður með vísan í heimildir eftirlitsins til að forgangsraða málum.

Áfrýjandi bendir á að Samkeppniseftirlitinu hafi borið að gæta andmælaréttar gagnvart honum skv. 13. gr. stjórnisýslulaga, ef vafi hafi leikið á því yfir hverju hafi verið kvartað, sbr. einnig rannsóknarskyldu stjórnvaldsins skv. 10. gr. stjórnisýslulaga. Einnig bendir áfrýjandi á að Samkeppniseftirlitið hafi verið með málið til rannsóknar í rúmlega fjögur ár og hafi því getað leitað frekari skýringa frá kvartanda undir rekstri málsins en gerði ekki.

2. Málsástæður Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið byggir á því að í hinni kærðu ákvörðun hafi eftirlitið beitt heimildum sínum til að fella niður og forgangsraða málum skv. 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga, sbr. 9. gr. reglna nr. 880/2005.

Samkeppniseftirlitið telur að aðalhlutverk eftirlitsins sé fólgið í því að framfylgja þeirri stefnu sem mörkuð sé með samkeppnislögum, en ekki fyrst og fremst að leysa úr deilumálum milli fyrirtækja eða afgangsráða erindi.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi í úrskurðum sínum staðfest heimildir Samkeppniseftirlitsins skv. 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga en tekið fram að beiting þeirra verði að vera byggð á málefnalegum sjónarmiðum. Slík sjónarmið komi fram í 9. gr. málsmeðferðarreglna nr. 880/2005 en ákvæðið sé ekki tæmandi um slík sjónarmið. Einnig verði að gæta að málsmeðferðarreglum stjórnisýsluréttarins þegar heimildinni sé beitt.

Samkeppniseftirlitið bendir á að löggjafinn hafi talið það mikilvægt að eftirlitið geti í aðalatriðum stýrt sjálft nýtingu þess mannafla og fjármuna sem það hafi yfir að ráða til þess að sinna verkefnum sem brýnust þykja hverju sinni í því skyni að efla samkeppni.

Samkeppniseftirlitið byggir á því að veruleg þörf sé á beitingu 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga og að þörfin hafi aukist til muna frá bankahruni.

Samkeppniseftirlitið hafnar því að hin kærða ákvörðun byggir á ófullnægjandi rannsókn og ómálefnalegum sjónarmiðum. Að mati Samkeppniseftirlitsins eru ekki gerðar sömu kröfur til rannsókna mála þegar heimild skv. 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga er beitt en t.d. í málum þar sem lagðar eru á stjórnvaldssektir vegna brota á bannreglum.

Samkeppniseftirlitið telur það hafa verið málefnalegt að hafna frekari meðferð á kvörtunum áfrýjanda og í málinu hafi 10. gr. stjórnsýslulaga ekki verið brotin. Í málinu hafi Samkeppniseftirlitið aflað umtalsverðra upplýsinga vegna kvartana áfrýjanda. Þá veittu bæði áfrýjandi og Eimskip upplýsingar um samningsverð og tilboðsverð sem fyrirtækin buðu varðandi þau tilvik sem áfrýjandi kvartaði yfir í málinu. Áfrýjandi var upplýstur um málsmeðferðina og gefinn kostur á að tjá sig um málið.

Samkeppniseftirlitið bendir á að mat hafi verið lagt á gögn málsins og hafi m.a. verið komist að þeirri niðurstöðu að ekki væru skýrar vísbendingar um að Eimskip hafi gripið til ólögmetra sértækra aðgerða með tilboðum sínum. Fyrirliggjandi upplýsingar þóttu því ekki gefa nægar vísbendingar um brot til að rannsókn yrði haldið áfram. Á þeim grundvelli var í samræmi við 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga ákveðið að hætta rannsókn málsins. Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að þrátt fyrir að áfrýjandi hafi ekki með skýrum hætti byggt á því að um ólögmetra undirverðlagningu hafi verið að ræða hafi það verið tekið fram í hinni kærðu ákvörðun að áfrýjandi hafi ekki gert líklegt að tilboðin væru undir kostnaði. Einnig telur Samkeppniseftirlitið ljóst að í sumum tilvikum sé áfrýjandi í raun að kvarta yfir ætlaðri ólögmetri verðmismunun af hálfu Eimskipa.

Samkeppniseftirlitið mótmælir því sem röngu að í hinni kærðu ákvörðun hafi verið staðfest að Eimskip hafi notast við „ólögmet samningsákvæði um einkakaup um áraraðir“, nánar tiltekið frá árinu 2002 til 2008. Komi ekkert slíkt fram í ákvörðuninni.

Samkeppniseftirlitið telur að áfrýjandi hafi ekki fært fram nein haldbær rök fyrir því að rannsókn eftirlitsins og mat hafi ekki verið með eðlilegum hætti. Samkeppniseftirlitið telur að niðurstaðan í málinu sé byggð á málefnalegum sjónarmiðum og sé í samræmi við heimildir eftirlitsins samkvæmt samkeppnislögum og reglum um málsmeðferð fyrir eftirlitinu.

V**Niðurstaða**

1

Samkvæmt 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga tekur Samkeppniseftirlitið í hvert sinn ákvörðun um það hvort erindi sem berst stofnuninni gefi nægar ástæður til rannsóknar. Þar er jafnframt mælt fyrir um það að við afgreiðslu mála samkvæmt lögnum sé Samkeppniseftirlitinu heimilt að raða málum í forgangsröð.

Mat á því hvort erindi gefi tilefni til rannsóknar skal byggt á málefnalegum sjónarmiðum, sbr. m.a. 2. mgr. 9. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins, en þar er einnig getið einstakra atriða sem talið er að skipt geti máli við það mat. Í fyrri úrskurðum áfrýjunarnefndarinnar, sbr. nánari umfjöllun í málum nr. 10/2010, 4/2010, 2/2012 og 3/2012, hefur verið litið svo á að hið sama eigi að þessu leyti við um beitingu heimildar til að forgangsraða málum. Áhersla er þó á það lögð að 9. gr. reglna nr. 880/2005 feli ekki í sér tæmandi talningu hvað framangreind atriði varðar.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar sæta þó bæði ákvarðanir eftirlitsins um að hætta rannsókn eða hafna því að rannsaka mál endurskoðun nefndarinnar. Það verður jafnframt að hafa í huga að ekki er sjálfgefið að sá sem telur að samkeppnislög hafi verið brotin eigi lögvarinn rétt til að rannsókn sé hafin á meintu broti á vegum stjórnvalda.

2

Hin kærða ákvörðun fól það í sér að ekki yrði af frekari meðferð vegna erindis áfrýjanda og að rannsókn yrði ekki fram haldið á meintum brotum Eimskipa í formi misnotkunar á markaðsráðandi stöðu. Nánar tiltekið fólst í hinni kærðu ákvörðun að hætt yrði rannsókn á sérstakri verðlækkun Eimskipa til tilgreindra viðskiptavina; lögmæti einkakaupasamninga félagsins; vöntun á opinberri gjaldskrá og auk þess ákvað Samkeppniseftirlitið að taka ekki til meðferðar viðbótarerindi áfrýjanda frá í maí 2011.

Áður en ákvörðunin var tekin var aflað ítarlegra upplýsinga um framangreind kæruefni. Sjónarmið áfrýjanda um hina kærðu háttsemi og lagagrundvöll málsins lágu fyrir að því er varðar hin fyrrnefndu atriði áður en ákvörðun var tekin. Sömuleiðis var álits Eimskipa aflað nema að því er varðar viðbótarerindi áfrýjanda. Þá var áfrýjanda gefinn kostur á að tjá sig sérstaklega um framhald málsins áður en kom að þeirri ákvörðun sem hér er deilt um. Samkvæmt því var málsmeðferðin í samræmi við 10. og

13. gr. stjórnarsýslulaga. Þá verður að telja að rökstuðningur Samkeppniseftirlitsins fyrir ákvörðun sinni hafi verið í samræmi við ákvæði 22. gr. stjórnarsýslulaga.

Samkvæmt framangreindu var ákvörðunin því í samræmi við málsmeðferðarreglur stjórnarsýslulaga.

3

Í málinu liggur fyrir að Samkeppniseftirlitið rannsakaði upphafleg umkvörtunarefni áfrýjanda ítarlega og virðist í mörgum tilvikum hafa mótað nokkuð skýra efnislega afstöðu til einstakra umkvörtunarefna í kjölfar þeirrar rannsóknar.

Þótt áfrýjunarnefndin hafi játað Samkeppniseftirlitinu ríkri heimild til að forgangsráða málum á grundvelli áðurnefndra ákvæða samkeppnislaga og málsmeðferðarreglna nr. 880/2005 hljóta þær heimildir að þrengjast eftir því sem rannsókn vindur fram og minna verður eftir til að taka tíma frá öðrum og brýnni verkefnum. Rannsókn vegna upphaflegra umkvörtunarefna áfrýjanda hófst síðla árs 2008 og virðist hafa staðið nokkuð óslitið fram eftir árinu 2010 þegar töf varð á meðferð málsins vegna anna hjá Samkeppniseftirlitinu.

Áfrýjunarnefndin telur vafasamt geti verið að beita áðurgreindum heimildum til forgangsröðunar að því er varðar háttsemi sem verið hefur til rannsóknar um árabil. Hins vegar er ljóst að Samkeppniseftirlitið hefur einnig heimildir á grundvelli 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga til að hefja ekki rannsókn - eða hætta henni hvenær sem er - ef ekki er talið líklegt að háttsemi hafi brotið í bága við samkeppnislög og leiði til viðurlaga. Málið hefur jafnframt verið reifað af hálfu Samkeppniseftirlitsins með tilliti til þess og efnislegar röksemdir fyrir niðurfellingu færðar fram í hverju tilviki fyrir sig svo sem áður er lýst.

Verður ekki séð að mat Samkeppniseftirlitsins á því að hætta rannsókn á umkvörtunarefni áfrýjanda hafi í ljósi þeirra sjónarmiða sem Samkeppniseftirlitið tilgreinir verið ómálefnalegt. Samkvæmt því verður að telja að fullnægjandi grundvöllur hafi verið fyrir þeirri ákvörðun að aðhafast ekki frekar í málinu.

4

Með vísan til framanritaðs verður að hafna röksemdum og kröfum áfrýjanda um ógildingu á ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins, enda byggja þær að mati áfrýjunarnefndarinnar á fullnægjandi lagagrundvelli og málefnalegu mati á atvikum málsins.

Úrskurðarorð:

Kröfu áfrýjanda, um að fella úr gildi ákvörðun samkeppniseftirlitsins frá 10. ágúst 2012 um að aðhafast ekki frekar vegna erindis áfrýjanda, er hafnað.

Reykjavík, 26. nóvember 2012.

Anna Kristín Traustadóttir

Jóhannes Karl Sveinsson

Kristín Benediksdóttir