

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

úrskurður í máli nr. 6/2013

Myllusetur ehf.

(Heiðrún Lind Marteinsdóttir hdl.)

gegn

Samkeppniseftirlitinu

(Ásgeir Einarsson hdl.)

I

KRÖFUR MÁLSAÐILA

Með kærnu 2. júlí 2013 hefur Myllusetur ehf. (hér eftir nefndur áfrýjandi), kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, frá 5. júní 2013 í máli nr. 16/2013, til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Í hinni kærðu ákvörðun ákvað Samkeppniseftirlitið að ekki væru forsendur til að aðhafast frekar í tilefni af kvörtun áfrýjanda frá 28. mars 2012.

Áfrýjandi krefst þess að hin kærða ákvörðun Samkeppniseftirlitsins verði felld úr gildi og lagt verði fyrir Samkeppniseftirlitið að taka málið til rannsóknar og málsmeðferðar að nýju.

Samkeppniseftirlitið krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II

MÁLMEÐFERÐ HJÁ SAMKEPPNISEFTIRLITINU

Mál þetta varðar kvörtun áfrýjanda til Samkeppniseftirlitsins yfir ætluðum brotum 365 miðla ehf. á 11. gr. samkeppnislaga og ákvörðun eftirlitsins um að aðhafast ekki frekar í málinu.

Áfrýjandi kvartaði í bréfi, dagsettu 28. mars 2012, yfir háttsemi 365 miðla ehf. Í erindinu var fjallað um og kvartað yfir ákvæðum í samningi Icelandair hf. og 365

miðla ehf., dagsettum 14. júlí 2010, um viðskipti í tengslum við auglýsingar. Var það mat áfrýjanda að 365 miðlar ehf. væru markaðsráðandi m.a. á markaði fyrir útgáfu dagblaða og á markaði fyrir auglýsingar í dagblöðum. Í erindi áfrýjanda var því haldið fram að í umræddum samningi fælust einkakaup, tryggðarafslættir, skaðleg undirverðlagning og samtvinnun ólíkra viðskipta eða vöru. Áfrýjandi krafðist þess m.a. að Samkeppniseftirlitið tæki ákvörðun til bráðabirgða á grundvelli 3. mgr. 16. samkeppnislaga þar sem bið eftir niðurstöðu leiddi til alvarlegrar röskunar á samkeppni og gert hefði verið sennilegt að um brot gegn 11. gr. samkeppnislaga væri að ræða.

Vegna erindis áfrýjanda og annarra ábendinga sem höfðu borist vegna fjölmiðlamarkaðsins hóf Samkeppniseftirlitið forathugun í málinu 30. mars 2012. Með bréfi, dagsettu 9. maí 2012, tilkynnti Samkeppniseftirlitið áfrýjanda að stofnunin teldi ekki forsendur til töku bráðabirgðaákvörðunar í tilefni af erindi hans.

Í framhaldi var 365 miðlum ehf. sent erindi áfrýjanda til umsagnar og barst umsögn þess, ásamt umbeðnum upplýsingum, til Samkeppniseftirlitsins 3. júlí 2012. Áfrýjanda var send umsögn 365 miðla ehf. og gefinn kostur á að gera athugasemdir við hana. Þá var ýmissa upplýsinga aflað af hálfu Samkeppniseftirlitsins vegna almenns eftirlits stofnunarinnar með fjölmiðlamarkaðnum. Voru þessar upplýsingar m.a. nýttar til að meta markaðshlutdeild fyrirtækja í hinni kærðu ákvörðun. Þann 5. júní 2013 tók Samkeppniseftirlitið hina kærðu ákvörðun um að ekki væru forsendur til að aðhafast frekar í tilefni af erindi áfrýjanda.

Um málsatvik að öðru leyti vísast til hinnar kærðu ákvörðunar og gagna málsins.

III

MÁLSMEDFERÐ HJÁ ÁFRÝJUNARNEFNDINNI

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins sem svar við kærðu áfrýjanda barst 10. júlí 2013. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðinni bárust áfrýjunarnefndinni 24. júlí 2013 og svör Samkeppniseftirlitsins við þeim bárust 31. sama mánaðar.

Hagsmunaaðila, 365 miðlum ehf. var gefinn kostur á að koma á framfæri athugasemdum í málinu og bárust þær 10. september 2013.

Í greinargerð Samkeppniseftirlitsins var texti felldur niður í eintaki til áfrýjanda vegna trúnaðar. Áfrýjandi taldi of langt gengið í brottfalli upplýsinga og krafðist þess að áfrýjunarnefndin beindi því til eftirlitsins að lagfæra greinargerð sína að þessu leyti. Áfrýjandi krafðist þess einnig að fá að koma að frekari sjónarmiðum þegar lagfærð greinargerð lægi fyrir. Samkeppniseftirlitinu var gefið tækifæri á að koma að athugasemdum við framangreindum kröfum áfrýjanda og bárust þær nefndinni 3. september 2013. Úrskurður nefndarinnar vegna þessarar kröfu áfrýjanda lá fyrir í dag þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að ekki væru efni til að aflétta trúnaði af þeim upplýsingum sem krafist var.

Uppkvaðning úrskurðarins hefur dregist vegna sumarleyfa nefndarmanna.

IV

RÖKSEMDIR MÁLSADILA

1. Málsástæður áfrýjanda

Áfrýjandi byggir á því að efni samnings 365 miðla ehf. við Icelandair hf., dagsettur 14. júlí 2010, feli í sér brot gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Hann byggir í fyrsta lagi á því að í umræddum samningi sé umfangi viðskipta hagað með þeim hætti að Icelandair hf. myndi alfarið eða því sem næst alfarið beina viðskiptum sínum er tengjast auglýsingum í dagblöðum til Fréttablaðsins sem sé í eigu 365 miðla ehf. Væri svo búið um hnútana með umræddum samningi að keppinautum 365 miðla ehf. yrði gert ókleift eða í það minnsta verulega erfitt að selja þjónustu sína til Icelandair hf. á gildistíma samningsins. Feli slíkt í sér einkakaupasamning í andstöðu við 11. gr. samkeppnislaga. Í öðru lagi byggir áfrýjandi á því að í samningnum sé að finna margvíslega tryggðarafslætti sem væru skaðlegir samkeppni. Í þriðja lagi heldur áfrýjandi því fram að 365 miðlar ehf. hafi beitt skaðlegri undirverðlagningu til að ná til sín heildarviðskiptum við Icelandair hf. og hafi þar með komið í veg fyrir að Icelandair hf. eigi viðskipti við keppinauta 365 miðla ehf. Í fjórða lagi taldi áfrýjandi að í umræddum samningi hafi 365 miðlar ehf. tvinnað saman viðskipti þannig að færi gegn d-lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga.

Áfrýjandi hafnar þeirri röksemd Samkeppniseftirlitsins að forgangsröðun hafi réttlætt það að rannsókn málsins hafi verið hætt. Áfrýjandi bendir á að fjölmiðlamarkaður sé mikilvægur fyrir almenning, neytendur og þar með

samfélagið í heild. Hann bendir á þá staðreynd að samþjöppun á fjölmiðlamarkaði hér á landi sé umtalsverð, eins og rekstur 365 miðla ehf. beri glögglega með sér. Skuldbindingar stórra auglýsenda við markaðsráðandi fyrirtæki geti því ógnað fjölmiðlafrelsi og upplýstri umræðu í lýðræðislegu þjóðfélagi. Ljóst sé að málið sé afar mikilvægt og varði ekki einungis fjölmiðla heldur einnig almannahagsmuni. Áfrýjandi telur að Samkeppniseftirlitið hafi brugðist hlutverki sínu og metið atvik málsins með efnislega röngum hætti með því að hafna að taka erindi hans til frekari skoðunar með vísan til forgangsröðunar.

Áfrýjandi bendir á að Samkeppniseftirlitið hafi komist að þeirri niðurstöðu í hinni kærðu ákvörðun að staða Fréttablaðsins væri mjög sterk hvað varði hlutdeild blaðsins á markaði fyrir sölu auglýsinga í dagblöðum. Þá sé ljóst að hlutdeild 365 miðla ehf. í heildarauglýsingatekjum helstu fjölmiðla á Íslandi og staða fyrirtækisins á tengdum mörkuðum sé til þess fallin að styrkja stöðu fyrirtækisins á markaði fyrir sölu auglýsinga í dagblöðum.

Áfrýjandi telur að samþjöppun á fjölmiðlamarkaði sé umtalsverð og fjöldi fjölmiðla á markaðnum sé óverulegur. Á helsta markaði þessa máls, þ.e. markaðnum fyrir auglýsingar í dagblöðum, sé ljóst að Fréttablaðið gnæfi yfir markaðinn og sé Morgunblaðið langstærsti aðilinn fyrir utan Fréttablaðið. Samanlögð hlutdeild þessara tveggja stærstu dagblaða sé um 80-90% og séu aðrir aðilar með verulega takmarkaða hlutdeild. Það sé því ljóst að geta annarra minni keppinauta, eins og áfrýjanda, til þess að keppa við Fréttablaðið sé verulega skert vegna aðstæðna á markaðnum. Þá bendir áfrýjandi á að Icelandair hf. og systurfélög þess félags séu öflug fyrirtæki á ferðaþjónustumörkuðum og því mikilvægir viðskiptavinir á auglýsingamarkaði. Það sé því ólíðandi að slík fyrirtæki séu bundin 365 miðlum ehf. með eins ströngum skilyrðum og raun ber vitni og að mati áfrýjanda sé hegðun 365 miðla ehf. því ósamrýmanleg skyldum markaðsráðandi fyrirtækja.

Þá telur áfrýjandi að rannsókn Samkeppniseftirlitsins hafi verið verulegum annmörkum háð og sjálfstætt framlag eftirlitsins afar takmarkað. Áfrýjandi bendir á að það sé lögbundin skylda Samkeppniseftirlitsins að sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun sé tekin í því.

Áfrýjandi bendir á að markmiðum samkeppnislaga verði ekki náð ef fyrirtæki geti ekki kvartað til Samkeppniseftirlitsins nema það hafi óyggjandi sannanir fyrir öllum staðhæfingum sínum. Þannig sé ljóst að tilgangur kvartana fyrirtækja sé oft sá að eftirlitið taki málið til meðferðar og rannsaki t.a.m. hvort önnur tilvik en þau sem sérstaklega sé kvartað undan feli í sér brot á samkeppnislögum. Að mati áfrýjanda hvíldi rík skylda á Samkeppniseftirlitinu að rannsaka málið, afla fullnægjandi gagna og draga rökréttar ályktanir af þeim gögnum til þess að komast að málefnalegri niðurstöðu um hvort háttsemi 365 miðla ehf. fæli í sér brot á samkeppnislögum.

Að lokum þá byggir áfrýjandi á því að Samkeppniseftirlitið hafi ranglega komist að þeirri niðurstöðu að í hinum umdeilda samningi Icelandair hf. og 365 miðla ehf. hafi ekki falist brot gegn 11. gr. samkeppnislaga. Áfrýjandi telur með vísan til gagna málsins augljóst að mat Samkeppniseftirlitsins á meintri brotlegri háttsemi 365 miðla ehf. hafi verið rangt.

2. Málsástæður Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið bendir á að þegar hin kærða ákvörðun hafi verið tekin hafi eftirlitið ekki tekið erindi áfrýjanda til formlegrar rannsóknar, sbr. 9. og 10. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð eftirlitsins. Í hinni kærðu ákvörðun felist því ekki ákvörðun um að hætta rannsókn heldur ákvörðun um að taka málið ekki til rannsóknar.

Í hinni kærðu ákvörðun beitti Samkeppniseftirlitið heimildum sínum skv. 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga, sbr. 9. gr. reglna nr. 880/2005. Samkvæmt framangreindu ákvæði samkeppnislaga taki Samkeppniseftirlitið ákvörðun um það hvort erindi sem berst stofnuninni gefi nægar ástæður til rannsóknar. Einnig veiti ákvæðið eftirlitinu heimild til þess að raða málum í forgangs röð. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi í úrskurðum sínum skýrt nánar inntak þeirrar heimildar sem felist í 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga. Hafi nefndin bent á að Samkeppniseftirlitið beri ábyrgð á því að fjármunum sé varið til brýnustu verkefna hverju sinni. Hafi eftirlitið því ákveðið svigrúm til þess að meta hvort erindi séu tekin til rannsóknar. Áfrýjunarnefnd hafi í því samhengi ítrekað bent á að ekki sé sjálfgefið að sá sem telji að samkeppnislög hafi verið brotin eigi lögvarinn rétt á því að rannsókn sé hafin á meintu broti. Beiting

Samkeppniseftirlitsins á heimildum 3. mgr. 8. gr. laganna verði hins vegar að byggjast á málefnalegum sjónarmiðum og forsvaranlegri málsmeðferð. 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 stjórnarsýsluréttarins þegar heimildinni sé beitt.

Samkeppniseftirlitið bendir á að niðurstaða eftirlitsins að hefja ekki rannsókn málsins byggji hvorki á því að fjölmiðlamarkaður sé ekki mikilvægur neytendamarkaður sem ekki sé vert að skoða nánar né á því sjónarmiði að ekki séu líkur á því að markaðsráðandi staða sé fyrir hendi. Ákvörðun um að taka málið ekki til formlegrar rannsóknar byggji eingöngu á því hvort fyrirbyggjandi sjónarmið og gögn gæfu nægjanlega ástæðu til þess að ætla að um brot á 11. gr. samkeppnislaga af hálfu 365 miðla ehf. gæti verið að ræða. Þrátt fyrir niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar telji Samkeppniseftirlitið áfram mikilvægt að fylgjast með þróun samkeppni og mögulegum samkeppnishindrunum á fjölmiðlamarkaði.

Samkeppniseftirlitið hafnar því að hafa við rannsókn málsins brotið gegn 10. gr. stjórnarsýslulaga. Bendir Samkeppniseftirlitið á að rannsókn þessa máls hafi raunar verið óvenju ítarleg miðað við fyrri framkvæmd samkeppnisyfirvalda í sambærilegum málum. Þá fellst Samkeppniseftirlitið ekki á þá fullyrðingu áfrýjanda að eftirlitið hafi beitt sönnunarreglum með óeðlilegum hætti í málinu og ekki byggt á sjálfstæðum ályktunum við athugun þess.

Þá hafnar Samkeppniseftirlitið því að það hafi ranglega komist að þeirri niðurstöðu að í samningi 365 miðla ehf. og Icelandair hf. hafi ekki falist brot gegn 11. gr. samkeppnislaga.

V

NIÐURSTAÐA

1.

Áfrýjandi telur að samningur 365 miðla ehf. og Icelandair hf., dagsettur 14. júlí 2010, feli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu fyrrnefnda fyrirtækisins og brot gegn 11. gr. samkeppnislaga. Misnotkunin felist í því að umfang þeirra viðskipta, sem 365 miðlar ehf. tryggðu sér, feli í sér einkakaupasamning í

skilningi samkeppnisréttarins. Keppinautum 365 miðla ehf. væri í raun gert ómögulegt að afla tekna með auglýsingum í þágu Icelandair hf. Einnig var byggt á sjónarmiðum um að ákvæði sammingsins væru skaðleg samkeppni vegna tryggðarafsláttu, skaðlegri undirverðlagningu og samtvinnun í andstöðu við ákvæði d. liðar 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Áfrýjandi telur jafnframt að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins um að „hætta rannsókn“ á umkvörtunarefni hans hafi verið röng og ómálefnaleg.

2.

Samkeppniseftirlitið hafði erindi áfrýjanda til athugunar í tæpa átta mánuði áður en ákveðið var að hefja ekki formlega rannsókn. Þegar sú ákvörðun var tekin studdist Samkeppniseftirlitið við heimild í 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga, sbr. 9. og 10. gr. reglna um málsmeðferð samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005. Áfrýjunarnefndin hefur í nokkrum úrskurðum sínum, sbr. t.d. í málum nr. 10/2010, 4/2010 og 3/2012, tekið afstöðu til skýringar á 3. mgr. 8. gr. og að hvaða marki ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins verða endurskoðaðar í tengslum við slíkar ákvarðanir. Tekið hefur verið fram að ákvörðun um að hefja ekki rannsókn þurfi að vera byggð á málefnalegum sjónarmiðum sem m.a. koma fram í áðurnefndri 9. gr. málsmeðferðarreglnanna þótt hún sé að mati áfrýjunarnefndarinnar ekki tæmandi. Verður einnig að ætla stofnunni ákveðið svigrúm við þá ákvörðun. 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.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar sæta ákvarðanir eftirlitsins um að hætta rannsókn eða hafna því að rannsaka mál endurskoðun nefndarinnar í samræmi við ofanritað.

3.

Ákvörðun um að hefja ekki rannsókn felur að jafnaði í sér lyktir máls. Samkeppniseftirlitið þarf því að hafa nægjanlegar upplýsingar um málsatvik þannig að ná megi tökum á lagalegum grunni máls. Þegar þetta liggur fyrir getur Samkeppniseftirlitið tekið afstöðu til þess hvort líklegt sé að brot hafi átt sér stað og hvers eðlis það sé. Er þá jafnframt unnt að meta hvort efna eigi til frekari rannsóknar eða hefja formlega rannsókn.

4.

Í þessu máli aflaði Samkeppniseftirlitið tafarlaust allra nauðsynlegra gagna um þann markað sem um ræddi. Rétt er að taka fram að Samkeppniseftirlitið komst að þeirri niðurstöðu að talsverðar líkur væru á því að 365 miðlar ehf. væru markaðsráðandi á markaði fyrir auglýsingar í dagblöðum á Íslandi. Vegna eðlis kvörtunar áfrýjanda reyndist nauðsynlegt að leggja mat á það hversu stórum hluta auglýsingatekna Icelandair hf. var ráðstafað með samningnum, hvernig staðan hafði verið áður en samningurinn var gerður og hverjir kostir annarra á sama markaði væru. Þá kallaði Samkeppniseftirlitið eftir skriflegum samningum um auglýsingar og kostun á viðkomandi markaði.

Ekki verður annað séð en að Samkeppniseftirlitið hafi aflað þeirra gagna og upplýsinga sem nauðsynlegt var miðað við tilefnið.

5.

Samkeppniseftirlitið fór yfir efnisatriði samnings 365 miðla ehf. og Icelandair hf. og komst að þeirri niðurstöðu að hann hefði ekki einkenni einkakaupsamnings, hann takmarkaði heldur ekki verulega val Icelandair hf. á söluaðilum og jafnframt að viðskiptalegar forsendur virtust réttlæta þann afslátt sem veittur var.

Um önnur efnisatriði í kvörtun áfrýjanda, þ.e. meinta skaðlega undirverðlagningu og samtönnun, er ákvörðun Samkeppniseftirlitsins rökstudd eftir því sem ætlast má til þegar forathugun á máli er lokið með þeim hætti að efna ekki til frekari rannsóknar. Í málflutningi hér fyrir nefndinni hefur Samkeppniseftirlitið gert frekari grein fyrir niðurstöðum sínum um þau atriði og þeim gögnum sem hún byggði á.

Áfrýjunarnefndin telur að umræddur samningur Icelandair hf. og 365 miðla ehf. beri ekki með sér að vera byggður á öðru en sameiginlegu mati samningsaðila á því að vera þeim báðum hagkvæmur. Inngrip á grunni 11. gr. samkeppnislaga kemur almennt ekki til álita nema yfirburðastyrk sé misbeitt til að ná viðskiptum og takmarka kosti samkeppnisaðila þannig að búast megi við að þeim verði mun erfiðara um vik að veita samkeppni, allt á kostnað neytenda til lengri tíma. Það á þó ekki við hér.

Það er ástæða til að vera vakandi yfir slíkum tilburðum aðila í markaðsráðandi stöðu en efnisatriði sammingsins og staðan á markaðnum gefur ekki gefa tilefni til inngríps.

6.

Áfrýjunarnefndin telur samkvæmt framangreindu að rök áfrýjanda í kæru hans og greinargerðum til nefndarinnar hafi hvorki hnekkst mati Samkeppniseftirlitsins né gefi áfrýjunarnefndinni tilefni til að fella úr gildi ákvörðun Samkeppniseftirlitsins sem m.a. var byggð á heimild til að forgangsraða málum með stoð í málefnalegum forsendum.

Samkvæmt framansögðu eru ekki forsendur til að hnekkja því mati Samkeppniseftirlitsins að aðhafast ekki frekari í tilefni af erindi áfrýjanda frá 28. mars 2012.

Úrskurðarorð:

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 16/2013 frá 5. júní 2013 skal standa óhöggð.

Reykjavík, 7. október 2013.

Jóhannes Karl Sveinsson, formaður

Anna Kristín Traustadóttir

Stefán Már Stefánsson